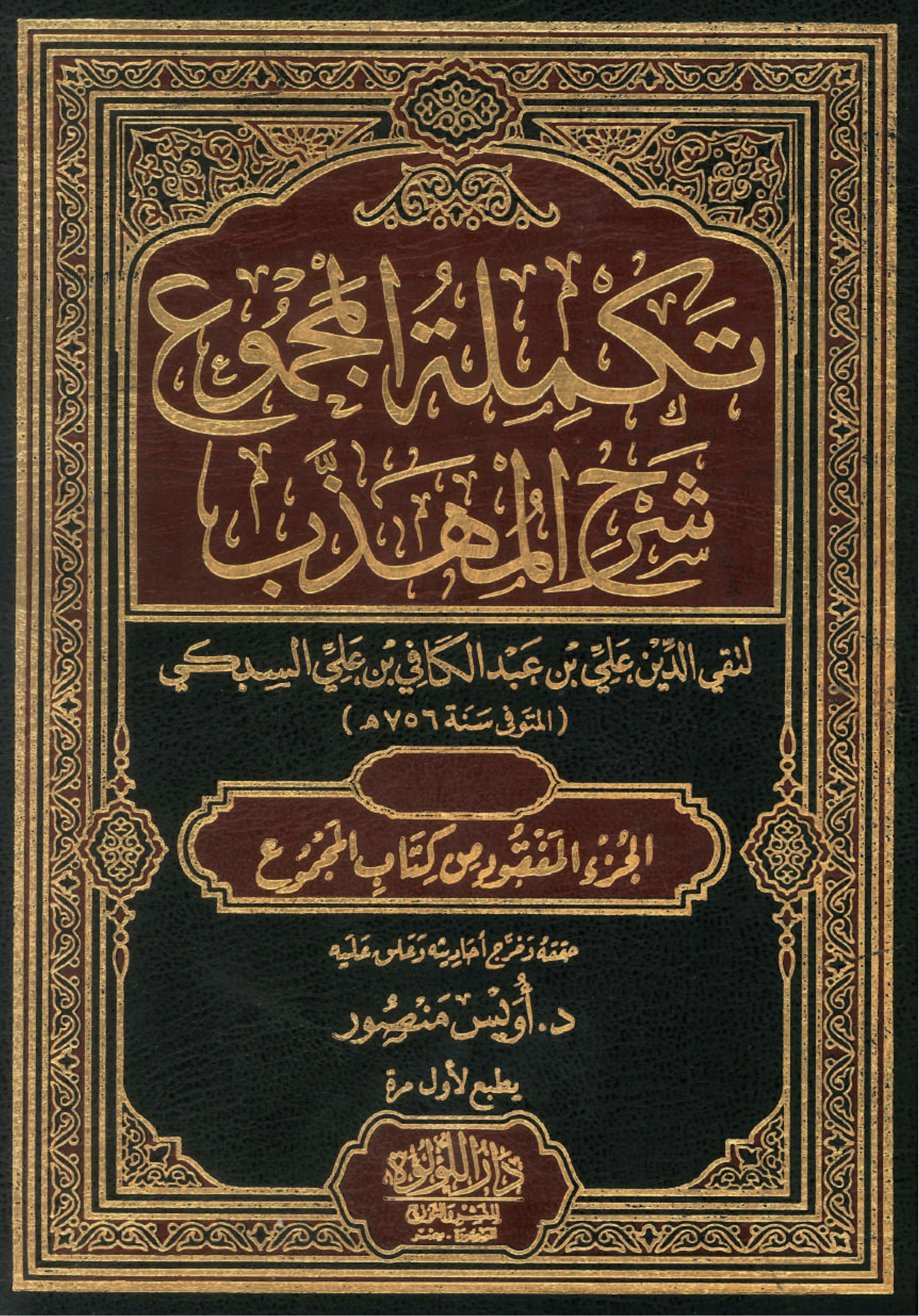

تكملة المجموع
شرح المهذب
لتقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي السبكي
(المتوفى سنة ٧٥٦هـ)
الجزء المفقود من كتاب المجموع
حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
د. أويس منصور
يطبع لأول مرة
دار اللؤلؤة
للنشر والتوزيع


تكملة المجموع
شرح المهذب
الجزء الثالث

الطبعة الأولي : 2020م/1441هـ

رقم الإيداع : 2020/1940

الترقيم الدولي : 978-977-6758-88-9

للتواصل مع المؤلف : 00201000096958



@DarElollaa @DarElollaa

Dar_Elollaa@hotmail.com

01007868983 - 01007711665

الأزهر : شارع محمد عبده خلف الجامع الأزهر .
المنصورة : عزبة عقل - شارع المكتبات
بجوار جامعة الأزهر .



لتقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي السبكي
(المتوفى سنة ٧٥٦ هـ)

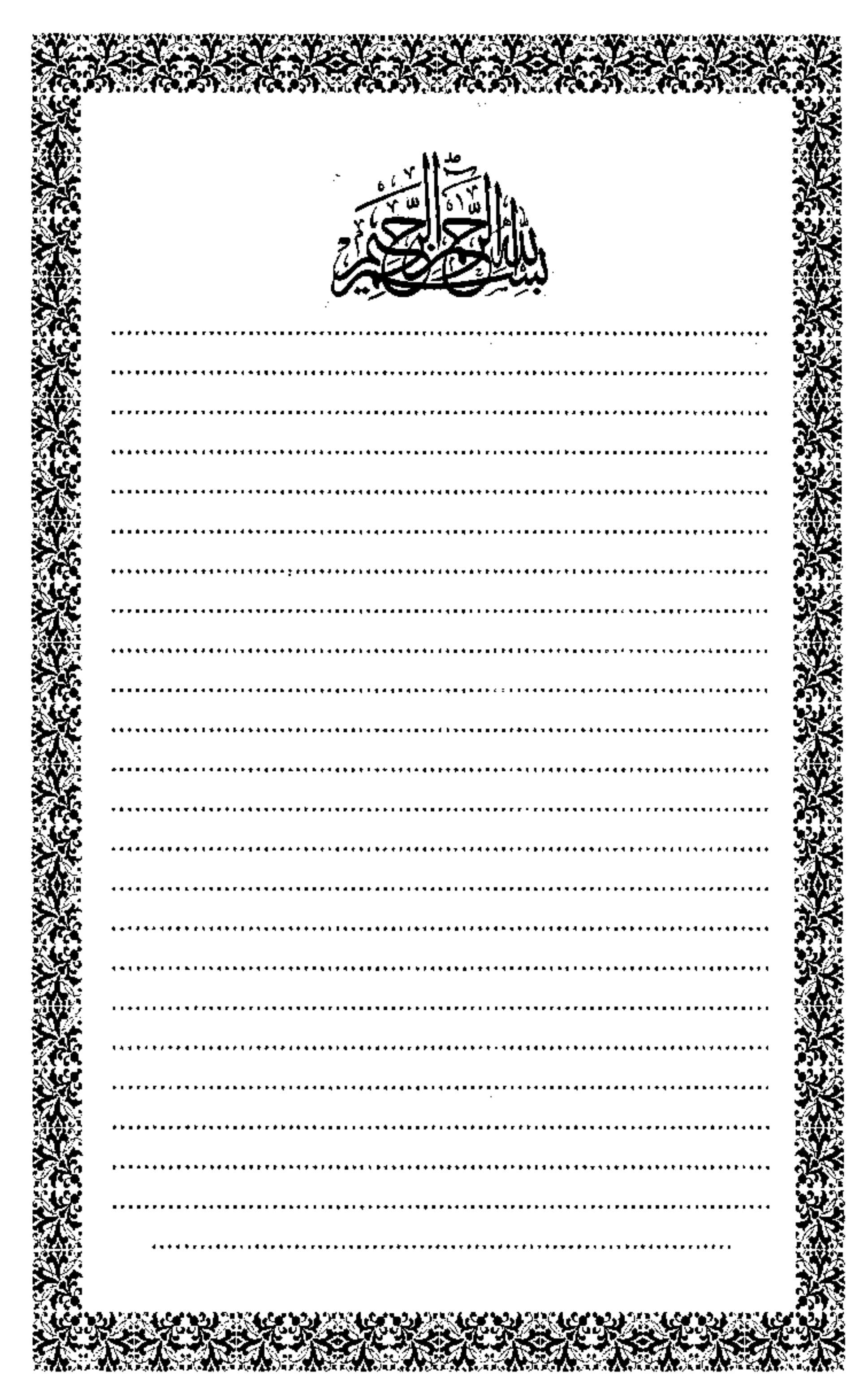
الجزء الثالث

من: باب ما يجوز رهنه وما لا يجوز
فصل [في يد المرتهن والعدل] (فرع لو تلف الثمن في يد العدل)
إلى: باب اختلاف المتراهنين (نهاية كتاب الرهن)

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
د. أويس منصور

يطبع لأول مرة




بسم الله الرحمن الرحيم

[تتمة فصل في يد المرتهن والعدل]

فرع لو تلف الثمن في يد العدل ثم خرج الرهن مستحقًّا، فالمشتري بالخيار بين أن يرجع بالثمن على العدل، وأن يرجع على الراهن، والقرار على الراهن، هذا الذي ذكره الرافعي هنا[(١)]، وذكر في الوكالة: «أن فيه الأوجه الثلاثة التي في تعلق العهدة أصحها تغريمها، وأنه إذا غرم الموكل لا يرجع على الوكيل، وإن غرم الوكيل رجع على الموكل، قال: والذي نُفتي به أن المشتري يغرّم من شاء منهما والقرار على الموكل. قال: ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في عزل الرهن، وإن كان يطرد فيه الخلاف»[(٢)]، ووجَّه الإمام هنا رجوع المشتري على الوكيل بأنه لم يأتمنه، ورجوع الوكيل على الموكل بأنه الذي ورَّطه وغرَّه[(٣)]، كما لو أودع الغاصبُ العين المغصوبة عند إنسان، ولك أن تفرق بأن الغاصب ضامن لما أودعه والموكل لم يضع يده على الثمن، ولأدخل في ملكه، فكيف يضمنه، وإنما وُجد منه تغرير، وهو لا يصلح مضمنًا على المذهب، وإنما يصح التنظير لو غرَّم صاحب العين الوكيل، فحينئذ له أن يرجع على الموكل؛ لأن توكيله وتسليمه إليه كالإيداع منه، وهذا بخلاف مطالبة الموكل بالثمن، فإنه لوقوع العقد له، ومن ملك أحد العوضين؛ وجَبَ عليه العوض الآخر،

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٢).

(٢) فتح العزيز (٥/ ٢٥٢).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٨٨).

والمراوزة قالوا: إنه لا يطالب الموكل ابتداء، لكن قالوا: إذا طالب الوكيل وغرم رجع على الموكل. وما ذكرناهُ من الإشكال وارد عليه.

والعراقيون قالوا: يرجع على الموكل، ولا يرجع على الوكيل[١]، وهذا في غاية الإشكال، وسنتعرض لحل هذا الإشكال عند الكلام في بيع الحاكم، والإمام اختار أنه لا يطالب الموكل ابتداءً؛ لأن من أمرَ غيره بغصب مالٍ لم يصر بأمره غاصبًا[٢]، ووافق على أن قرار الضمان عليه، وما ذكره من الدليل يقتضي أنه لا مطالبة على الموكل ابتداء، ولا انتهاء، وهو أحد الأوجه على ما يقتضيه كلام الرافعي[٣]، وإن كان كلام الإمام يقتضي اتفاق الأصحاب على خلافه.

والحاصل: أن لنا وجهًا أن المشتري يُطالبُ الوكيل وحدَه ولا رجوع للوكيل على الموكل.

ووجهًا ثانيًا: أن ⇑ [٢/١١٨] المشتري يطالب الوكيل وحده، فإذا غرم رجَعَ الوكيل على الموكل، ولا طلبة للمشتري على الموكل، وهذا هو الخارج من طريق المراوزة على ما يقتضيه كلام الإمام هنا، وهو الذي حكيناه عن المراوزة.

ووجهًا ثالثًا: أن المشتري يرجع على الموكل وحده وهو ما تقدم نقله عن العراقيين، حكاه الإمام عنهم[٤]، واقتصر الإمام هنا على حكاية هذين الوجهين: الثاني، والثالث، وحكاية الاتفاق على عدم الأول.

وقال في باب الوكالة: «إذا باع الوكيل وقبض الثمن، فتلف في يده، ثم

(١) أنظر: نهاية المطلب (٦/ ١٨٨).
(٢) المصدر السابق.
(٣) فتح العزيز (٤/ ٥٠٢).
(٤) نهاية المطلب (٦/ ١٨٨).

استحق المبيع، فيمن يطالب الأوجه الثلاثة في العهدة أقيسها اختصاص الطلب بالوكيل هنا؛ لأنه كالمأذون في الغصب، فإن خصَّصنا أحدهما بالتغريم لم يرجع على صاحبه.

وإن قلنا: يطالبان، فغرم أحدهما، فلا تراجع من الجانبين، وإنهما يرجع فيه **ثلاثة أوجه؛ أشهرها**: لا رجوع إلا للوكيل.

والثاني: لا رجوع إلا للموكل.

والثالث: لا رجوع من الجانبين»[1]. وجرى الرافعي على هذا الترتيب، وزاد: تصحيح أنهما يُطالبان، والقرار على الموكل، فيخرج وجه رابع أن المشتري يطالب من شاء منهما، وهو الذي صححه الرافعي، وقد عرفتَ أشكاله، وبالأوجه الثلاثة المفرعة عليه تكون الأوجه ستة، ولم يقل أحد بأن المشتري يطالب الموكل، فإذا غرم رجع على الوكيل، ولولا ما سأذكره في بيع الحاكم من حل الإشكال لكنتُ أقول: المختار من الأوجه الستة أن المشتري يطالب الوكيل وحده، ولا رجوع له، والوجهُ القائل بأن المشتري يُطالب الوكيل، فإذا غرم؛ رَجَع على الموكل، وهو ما حكاهُ الإمام عن المراوزة في باب الرهن لم يذكره الرافعي أصلًا، ولا ذكره الإمام في باب الوكالة، والوجه القائل بأنهما يُطالبان لم يحكه الإمام في باب الرهن، وإنما حكاه في باب الوكالة، والوجهُ ذكرهُ فيهما، فإن الصورة واحدة ذُكرت في بابين، والقول بمطالبة الموكل على الجملة ضعيف، ولعل الموجب لذكره في باب الوكالة تقدم ذكره في العُهدة، وحوالة هذه المسألة أعني خروج المبيع مستحقًّا عليها، والإمام قد نبَّه هناك وهنا على الفرق قال هاهنا: وليعلم الناظر أن ذلك ليس من عُهد العقد؛ إذ لا عقدَ مع

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٥٠).

الاستحقاق، ولكن القول في هذا يرد على التغرير والتسبب إليه مع ثبوت الأيدي للمتوسطين، وما يتعلق من العُهد بالردِّ بالعيب ليس هذا موضعه.

فائدةٌ وفرع:

قال ابن عبد السلام في «الغاية»: «إن قلنا بمطالبة الوكيل، ففي جواز مطالبة الموكل ابتداء مذهبان، وظاهر كلام المراوزة، أنه لا يُطالب، ولو أراد الوكيل أن يرجع على الموكل قبل الغرم أو أراد المغرور بنكاح الأمة أن يرجعَ بقيمة الولد على الغار قبل التغريم، لم يكن لهما ذلك عند الإمام مَعَ ما فيه من الاحتمال»[1]. انتهى.

فأما ما ذكره من المذهبين في مطالبة الموكل ابتداء؛ تفريعًا على القول بمطالبة الوكيل، فلفظ الإمام في «النهاية»: «والذي تحصل من ذلك أن الضمان يتعلق بالموكل استقرارًا، والذي يظهر القطع به، وأن الوكيل مطالب.

وفيه وجه ضعيف حكيته عن العراقيين، وفي توجيه المطالبة على الموكل ابتداء تردد.

والذي ظهر من كلام المراوزة: أنه لا مطالبة ابتداء، والذي صرَّح به العراقيون أنه يطالبه المشتري ابتداء»[2]. انتهى. فالتردد في المطالبة ابتداء مذهبان للمراوزة والعراقيين، ولم يصرِّح الإمام بأنهما مفرعان على القول بمطالبة الوكيل كما صرَّح به ابن عبد السلام، ولو صرَّح به الإمام لكان مقتضاه؛ إما تخيير المشتري في المطالبة، كما حكاه في كتاب الوكالة، وإما أنه يُطالب الموكل ⇑ [٢/١١٨ب] ابتداء، فإذا غرم رجع على الوكيل، وقد تقدم أنه

(١) الغاية في اختصار نهاية المطلب (٣/ ٤٢٨) بمعناه.
(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٨٨ - ١٨٩).

لا قائل بذلك؛ ولهذا المعنى قلتُ فيما سبق: إن الإمام اقتصر هُنا على الوجهين: الثاني، والثالث، ونسبت التخيير إلى باب الوكالة خاصة.

وأما ما ذكره من أنه لو أراد الوكيل أن يرجع على الموكل قبل التغريم، فهذا الفرع لا ذكر له في كلام الإمام، والذي قاله الإمام أنه لما ذكر حكم الوكيل وأنه يُطالب، وقرار الضمان على الموكل، ولا مطالبة على المشتري والموكل.

قال: «وكذلك يجب أن يقال: إذا عُقد النكاح على حكم الغُرور، وألزمنا المغرور قيمة الولد لسيد الأمة، ثم أثبتنا للمغرور الرجوع على الغارِّ، فقد جعلنا الغارَّ محلًّا لقرار الضمان، وليس يتجه أن يقال: لسيد الأَمة تغريم الغارِّ ابتداء، وإن كان الضمان يتوصل إليه بطريق رجوع المغرور عليه... هذا ما أقدره، ولست أنفي احتمالًا يراهُ ناظرٌ في تثبيت مطالبة الموكل في مسألتنا والغار في باب الغرور... والميل إلى الأول»[(١)]. انتهى.

وهذا في سيد الأمة والمشتري، هل لهما المطالبة؟ وقد تقدم الخلاف فيه، أما الوكيل أو المغرور إذا أراد الرجوع قبل التغريم، فليس في الكلام دليل عليه، والذي ينبغي أن يقال فيه: إنه ليس له الرجوع، ولا يملك المطالبة إلا إن طولب كما قيل بمثله في الضمان.



(١) نهاية المطلب (٦/ ١٨٨).

فرع هذا كله إذا تلف في يد الوكيل ولم ينته إلى يد الموكل، وصوَّره الإمام بما إذا تلف بغير تفريطٍ[١] ولا شك أن الحكم فيه كما سبق وغير الإمام أطلق، فهل نقول: إنه إذا تلف بتفريطٍ يكون الحكم كما سبق في قرار الضمان على الموكل ومطالبته، أو نقول ها هنا: لا ضمان على الموكل، بل يقتصر الضمان على الوكيل المفرد؟ لم أر فيه نقلًا، والأقرب الثاني؛ لأن سبب القول يتضمن الموكل أنه أقام الوكيل مقامه، وجعل يده كيده، فإذا فرط الوكيل، فقد استقل بالعدوان، فيستقل بالضمان.

فرع أما إذا انتهى الثمن إلى يد الموكل، فتلف في يده، فالمشتري يطالبه قطعًا، وهل يطالب الوكيل؟ قال الإمام: «إن لم يمرَّ الثمن بيد الوكيل، فلستُ أرى لمطالبة الوكيل وجهًا إذ لم تثبت له يد، والعقد لم يصح حتى يتضمن عُهدة، وإن مرَّ الثمن بيده، وانتهى إلى يد الموكل، ففي مطالبة الوكيل في هذه الصورة جوابان ظاهران في طريقة المراوزة من جهة أن الوكيل متوسط، وقد بلغ المال مُنتهاهُ وتلف في يد الموكل والوكيل مؤتمن من جهة موكله، والمشتري وإن لم يوكله، فإنه يُسلم الثمن إليه ليسلمهُ إلى موكله، فكأنه من هذا الوجه مؤتمن من جهة المشتري مأذون له في إيصال الثمن إلى موكله، وقيل: يتعلق الطلبُ به؛ لأنه أخذ المال على حكم العهدة»[٢]. انتهى. وما استدل به هُنا لعدم مطالبة الوكيل يؤيد قول العراقيين فيما مضى أنه لا يُطالب؛ لأنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يتلف في يده أو لا إذا أُجري عليه حُكم المؤتمن من جهة المشتري، اتجه عدم

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٨٧).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٨٩).

المطالبة في الحالتين، فما بال الإمام استضعف جواب العراقيين فيما مضى وجعل مثله هنا أحد جوابين ظاهرين، وما بال المراوزة ترددوا هُناك[١] ولم يترددوا هناك[٢]، إذا صح المأخذ المذكور.

والذي ينبغي أن يكون الأصح من الجوابين المطالبة فنقول هنا بأن المشتري يُطالب كلًّا منهما والقرار على الموكل، ولا إشكال في ذلك هنا، بل هو القياس، أما المطالبة للوكيل فلأخذه على حكم العُهدة، وأما القرار فللتلف تحت يده، بخلاف ما إذا تلف في يد الوكيل، فإن تضمين الموكل الذي لم يقبض مشكل.

فرع هذا كله إذا باع العدل بتوكيل الراهن وإذن المرتهن، فإن باع الحاكم وقبض الثمن ليوصله إلى جهته فتلف في يده، ثم خرج المبيع مستحقًّا، فقد أجمع الأصحاب على أنه لا يُطالب [٢/١١٩] ولا يتعلق بالحاكم عُهدة ولا تغريم ابتداء ولا قرارًا ولا يلحقه طلبه، قال الإمام: «وإذا كان كذلك، فلا بُدَّ من إثبات الرجوع، فإن حق المشتري لا يضيع والرجوع ابتداء على الراهن لا خلاف فيه.

فإن قيل: ليس الراهن موكلًا، وإنما الحاكم فعل ما فَعَل، فكان يجب أن يُقال: لم يَصدر من الراهن عقد، ولا توكيل في عقد، والحاكم لا يضمن، فلا يجد المشتري مرجعًا، قلنا: هذا لا قائل به، وسبب تضمين الراهن أنه رهن ملك غيره، وكل من رهن شيئًا، فقد عرضه للبيع على استحقاق، فالحاكم بنى بيعه على حكم رهنه، فقد صار إذًا بالرهن مغرورًا كما تقدم،

---

(١) كتب فوقها في المخطوطة: «كذا».

(٢) كتب فوقها في المخطوطة: «صح».

وهذا يعضد توجيه المطالبة على الموكل ابتداء في المسألة الأولى، فإنه لما رفعنا الحاكم من البين وجهنا المطالبة على الراهن، وهو في هذه المسألة بمنزلة الموكل في المسألة الأولى، ونص الشافعي فيمن مات وخلف تركة مستغرقة بالدين، فباع الحاكم تركته، ثم خرج المبيع مُستحقًّا، قال الشافعي: لا عُهدة على الحاكم ولا طلبه، والعهدة على الميت وتركته.

فإن قيل: إن كان الراهن في المسألة التي ذكرتموها الآن تغرُّرًا[1] برهنه فما سبب تعلق الضمان بذمة الميت في المسألة الأخيرة؟

قلنا: احتواؤه على المغصُوب حتى يتعلق به الدين إذا مات تسبَّب منه إلى تسليط الحكام على البيع، والسبب المضمن قد يقرب وقد يبعد»[2] هذا كلام الإمام.

وقد كنتُ أستشكل مطالبة الراهن هُنا، ومطالبة الموكل في المسألة الأولى، وأقول: إنه لا موجب لها من عهدة لفساد العقد ولا بد؛ لأن الغرض أنه لم ينته إلى يده، وأي فرق بينه وبين من أمر غيره بالغصب، فإنه لا يضمن لمجرد ذلك بلا خلاف نعلمه، ومسألة الغرور التي استند إليها الإمام، فإن الغارَّ لا مُطالب على المذهب، ولا يمكن في بيع الحاكم إسقاط حق المشتري مجانًا ولا تضمين الحاكم، فلم يبق مَن يُحال عليه الضمان إلا الراهن، فلا بدَّ من تطلب معنى يقتضي تضمينه، ومهما ظهر فيه ظهر في الموكل. وقد ظهر لي **معنيان؛ أحدهما:** أن المشتري بحكم العقد يجب عليه دفع الثمن لمستحقه، أو من هو قائم مقامه من وكيل أو حاكم، وهو مُلجأ إلى ذلك شرعًا إذا كان العقد صحيحًا أو محكومًا بصحته، حيث

---

(١) في نهاية المطلب: «مغررًا».

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٩٠).

لا يعلم فساده، وإلا لجأ الحق من له المبيع ظاهرًا، فهو في الحقيقة الملجئ بتسببه في العقد إلى دفع المشتري الثمن، فإذا تبين أن الثمن لم يكن لازمًا وجَبَ ضمانه على الملجئ لدفعه، وهو صاحب العين وهو الراهن والموكل.

المعنى الثاني: إن قاعدة البيع دخول كل من العوضين في ضمان صاحبه بقبضه، فإذا قبض المشتري المبيع دخل في ضمانه، ووزانه أن يدخل الثمن في ضمان من حُكم له بملكه سواء أقبضه بنفسه، أم بوكيله، أم بالحاكم القائم مقامه؛ ولهذا إذا تلف في يد وكيله أو الحاكم لم ينفسخ العقد، بل استقر بقبضه، وهذا لا إشكال فيه، فالراهن أو الموكل بحكم استيلائه على تلك العين وتوكيله في بيعها وتسليمها وقبض ثمنها، كالملتزم لضمان الثمن إذا قبضه وكيله؛ لأنه حكم العقد الذي سلَّطه عليه أو ضامن لسلامة المبيع للمشتري ولم يسلم له، فيرجع إلى بدله وهو الثمن، أو بدله على الضامن؛ لسلامة المبيع وهو الموكل، وهكذا الراهن إذا باع القاضي في حياته أو بعد وفاته باستيلائه على المغصوب، وينضم إلى تضمين الموكل تضمين الوكيل إذا قلنا بالعهدة والقاضي لا مجال لذلك فيه، فانفرد الراهن بالضمان، فهذا ما ظهر لي في توجيه مطالبة الموكل والراهن وهو من المشكلات، ولم أر أحدًا تعرَّض لحله بما فيه مقنع، ولولا اتفاق الأصحاب هُنا على تضمين الراهن وعدم تضمين الحاكم لما طمحت نفسي إلى معنًى ⇑ [٢/١١٩ب] وكانت تركن إلى عدم تضمين الراهن والموكل.

فرع أما إذا نَصَبَ الحاكم أمينًا العدل الذي كان الرهن على يده أو غيره، فباع الراهن أو عينًا من التركة بإذن الحاكم، وتلف الثمن في يد الأمين ثم تبين الاستحقاق، **فوجهان مشهوران؛ أصحهما**: لا يتعلق

الطلب بالأمين؛ لأنه منصوب الحاكم، فكان مثله، وهذا ظاهر نص الشافعي.

والثاني: يضمن كالوكيل والوصي.

فإن قلنا: لا يضمن، فالرجوع على الراهن إن كان حيًّا، وفي ماله إن كان ميتًا.

وإن قلنا: يضمن، فينبغي أن يأتي في مطالبة الراهن وقرار الضمان ما سبق في الوكيل.

فرع ما ذكرناهُ من عدم ضمان الحاكم والعدل لا فرق فيه بين أن يكون المبيع عليه مُوسرًا أو مُعسرًا، فإن العُهدة عليه كما لو باع على نفسه، نص عليه الشافعي، ويعني بالمبيع عليه: الراهن والميت والمُفلس.

فرع ما ذكرناهُ من بيع الحاكم أو العدل بإذنه حال حياة الراهن وموته، قاله الإمام، وأما الرافعي، فلم يذكر حالة الحياة، وإنما قال: لو مات الراهن فأمر الحاكم العدل أو غيره ببيعه، وليس ذكره لهذه المسألة نفيًا لغيرها، ولا دليلًا على أنه يرى أن في حال الحياة لا يتولى الحاكم البيع بنفسه، بل يأمره بالبيع، وكلام الأصحاب مصرّح بأن المديون إذا امتنع من وفاء الدين يبيعه الحاكم، وربما قالوا: تخيَّر الحاكم بين أن يبيع ماله بنفسه في قضاء دينه، وبين أن يأمره بذلك، ويجبره عليه، وبه يصح ما قاله الإمام، وقد صرَّح الرافعي بأن الراهن إذا أصرَّ على الامتناع باعَهُ الحاكم، قال: «وعند أبي حنيفة لا يبيعه، ولكن يحبس الراهن حتى يبيع، ولو كان الراهن غائبًا أثبتَ الحالَ عند الحاكم حتى يبيعه، فإن لم تكن له بينة أو لم

يكن في البلد حاكم، فله بيعه بنفسه كالظَّفَر»[(١)]، وقال الروياني: «إذا حل الحق طُولب الراهن بالدين، فإن امتنع طولب ببيع الرهن، فإن امتنع قال أبو إسحاق: حبسه الحاكم وأجبره على البيع، فإن أقام على الامتناع عزَّره حتى يبيع، فإن أقام على الامتناع باعه عليه، وهكذا إذا كان عليه دين من غير رهن، وخالفنا أبو حنيفة في المسألتين، وربما يسلمون المسألة الأولى؛ لأنه لما رهن رضي ببيعه»[(٢)].

وقال الماوردي: «إذا امتنع الراهن من البيع سأله الحاكم عن سبب امتناعه، فإن ذكر عُذرًا وإلَّا وكَّل الحاكم عنه من يبيعه عليه، وقال أبو حنيفة: يحبسه قال: وهذا غلط؛ لأن كل حق يصح التوكيل فيه لا يجوز للحاكم أن يحبس فيه الممتنع ما أمكن التوصل إليه كالديون، فيتولى الحاكم بيعه بنفسه أو بأمين»[(٣)]، وقال القاضي أبو الطيب: إن شاء باعه، وإن شاء حبسه وعزَّره حتى يَبيعَهُ، وتمام هذا الكلام مذكور في باب التفليس.

فرع إذا ادعى العدل تلف الثمن في يده قُبل قوله بيمينه، وإن ادعى تسليمه إلى المرتهن فالقول قول المرتهن مع يمينه، فإذا حلفَ أخذ حقه من الراهن، ورجع الراهن على العدل، وإن كان قد أذن له في التسليم.

نعم، لو أذن له وصدقه في التسليم، فإن شرط عليه الإشهاد فتركه ضمن قطعًا، وإن لم يشترط عليه، **فوجهان؛ أصحهما**: يضمن؛ لتقصيره بتركه.

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٠) بمعناه.
(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٧٤).
(٣) الحاوي الكبير (٦/ ١٣١) بمعناه.

والثاني: لا؛ لاعتراف الراهن بأنه امتثل والمرتهن ظالم، وبه قال ابن الوكيل، وإذا ضمَّناه بترك الإشهاد، فلو قال: أشهدتُ ومات شهودي وصدَّقه الراهن، فلا ضمان، وإن كذبه فوجهان مذكوران مع نظائرهما في الضمان، فإن قلتَ: إذا أذن له الراهن في التسليم، فلم لا يجب عليه تصديقه فيه؟ لأنه أمينه[(١)].

قلت: إنما يجب عليه تصديقه فيما يدعي تسليمه إليه؛ لأن قوله مقبول عليه ولا يقبل قوله عليه مما يدعي تسليمه إلى غيره هذا ما [٢/١٢٠] ذكره الرافعي[(٢)] في هذا الفرع، وقال الماوردي ما ملخصه: «إن العدل إذا باع، فليس له تسليم الثمن إلى أحدهما إلا بإذن الآخر، بل الواجب عليه أن يسلمه إلى الراهن والمرتهن معًا، أو إلى أحدهما بإذن الآخر، فإن أذن له الراهن في تسليمه كان وكيلًا عنه يسلمه ما لم يرجع، وإن أذن له المرتهن في دفعه للراهن؛ كان إبطالًا لوثيقته، فلو رجَعَ قبل الدفع لم يكن لرجوعه تأثير، وكان للعدل أن يدفعه إلى الراهن»[(٣)]، كذا قال الماوردي، وهو مشكل؛ لأن مجرد الإذن لا يبطل حقه، ألا ترى أنه لو أذن للراهن في التصرف لم يبطل حتى يتصرف ويصح رجوعه قبل التصرف، وهذا مثله بل أولى، بل أقول: إنه ولوسلم الثمن إلى الراهن بإذنه، فيكون في يد الراهن على حكم الرهن ما لم يحصل من المرتهن إبطال الوثيقة؛ لأن لهما أن يتفقا على

---

(١) في هامش المخطوطة: «هذه الصورة التي في السؤال على وجهين؛ ذكرهما الرافعي في الوديعة، فيما إذا دفع إليه شيئًا، [وقال له][١]: ادفعه إلى فلان، فله أحوال: منها: أن يقول: أذنت لك، ولم تدفع؛ ففيه وجهان؛ لكن الصحيح أن المصدق المالك».

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٠٢).

(٣) الحاوي الكبير (٦/ ١٤٤) بمعناه.

---

[١] في هامش المخطوطة: «قاله»، والمثبت هو الصواب.

وضعه في يد الراهن بعد القبض، فليحمل كلام الماوردي على ما إذا قَصَد بهذا الإذن إبطال الوثيقة، وَعُلم ذلك بطريقة، ثم قال الماوردي ما ملخصه: «إن العدل إن ادعى دفعه إلى الراهن، فإن كان مُقرًّا والمرتهن أذن برئ العدل من مطالبة المرتهن بإذنه، والراهن بقبضه وحق المرتهن باقٍ في ذمة الراهن، وإن أنكر الراهن القبض، فقول العدل مقبول عليه؛ لأنه وكله، وإن لم يأذن المرتهن في الدفع وأقر الراهن بالقبض، فللمرتهن مطالبة الراهن والعدل، فإن غرم العدل رجع على الراهن، وإن غرم الراهن لم يرجع على العدل، وإن كان الراهن منكرًا للقبض؛ فلا رجوع للعدل عليه؛ لأن قول العدل مقبول عليه فيما بيده لا فيما يدعي الرجوع به، وإن ادعى دفعه إلى المرتهن، فإن كان الراهن أذن له والمرتهن مُقرّ برئ من مطالبتهما، وبرئ الراهن مما قبضه المرتهن من حقه، وإن أنكر المرتهن القبض، فالقول قوله بيمينه. ثم إن كذبه الراهن، فلكل من الراهن والمرتهن مطالبته، والمرتهن بالخيار بين مطالبته ومطالبة الراهن، وإن أقر المرتهن بالقبض، ولم يكن الراهن أذن برئ العدل من مطالبة المرتهن بإقراره، ولم يبرأ من مطالبة الراهن، وقال أبو الفياض البصري: برئ من مطالبة الراهن لحصول البراءة له بإقرار المرتهن بالقبض. قال الماوردي: وهذا عندي غير صحيح، بل على العدل غرامة الثمن للراهن، وإن برئ من حق المرتهن؛ لأن العدل مُتعدٍّ بالدفع متطوع بالأداء، فلزمه الغرم بتعديه ولم يسقط بتطوعه، كما لو قضى الدين من ماله، وإن أنكر المرتهن القبض، ولم يكن الراهن أذن فلكل منهما مطالبته بالثمن، وله الامتناع من تسليمه إلى أحدهما إلا بإذن الآخر كالثمن الأول، وإن ادعى دفعه إليهما، فإن أقرا برئ، وإن أنكرا برئ من الراهن؛ لأن قوله مقبول عليه دون

المرتهن، ثم المرتهن بالخيار في المطالبة، فإن غرم الراهن لم يرجع على العدل، وإن غرم العدل لم يرجع على الراهن؛ لأن قوله مقبول مما بيده لا في استحقاق الرجوع، وإن أقر المرتهن وأنكر الراهن برئ منهما، وعكسه يبرأ من حق الراهن دون المرتهن، وللمرتهن الخيار في المطالبة، ومن غرمه فلا رجوع له على الآخر»(١).

وقال الماوردي فيما إذا ادعى العدل تلف الثمن وكذباهُ، ونكل عن اليمين: «ردَّت على الراهن، فإن حلف غرم العدل الثمن، وكان حق المرتهن متعلقًا به، وإن نكل الراهن وبذل المرتهن اليمين، فهل ترد اليمين عليه؟ على قولين مبنيين على غرماء المفلس فيما نكل عنه المفلس، وإن صدَّقه المرتهن وكذبه الراهن ونكل وردت اليمين على الراهن، فحلف، غرم العدل الثمن، ولم يكن للمرتهن فيه حق لإقراره بالتلف، فإن سأل الراهنُ أن يقبض المرتهن حقه من هذا الثمن لتبرأ ذمته وجب، وتبرأ به ذمة الراهن ويجب على المرتهن رده على العدل؛ لإقراره بأنه مظلوم، وإن صدَّقه الراهن وكذبه المرتهن، فإن كان الراهن موسرًا أُجبرَ [٢/١٢٠ب] على دفعه إلى المرتهن، ولم يكن للمرتهن إحلاف العدل، وإن كان معسرًا، فهل تسقط اليمين عن العدل بتصديق الراهن، أو يجب لتكذيب المرتهن، وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في مدعي جناية العبد المرهون إذا صدقه الراهن دون المرتهن، هل يثبت حقه في رقبة العبد؟ على قولين؛ **أحد الوجهين**: أن العدل برئ بتصديق الراهن وليس للمرتهن إحلافه.

والثاني: أنه يحلفه فإن حلف برئ في الحكم، وإن نكل فهل ترد على المرتهن؟! على ما مضى من القولين.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٤٤ - ١٤٦) بمعناه.

فإن قلنا: ترد فحلف يغرم العدل، فإن كان الثمن بإزاء حق المرتهن، فله مطالبته بجميعه، فإذا أخذه برئ الراهن ظاهرًا، وإن كان أقل طالب الراهن بما بقي، وإن كان أكثر، فليس له أن يأخذ الأقدر حقه.

فإن قيل: إذا كان ما قبضه المرتهن ظُلُمًا كيف يبرأ به الراهن؟

قلنا: إنما سقطت به المطالبة، فأما البراءة في الباطن»[1]. فالله أعلم.

فرع قال الروياني: «لو كان بالدين رهن وضامن وحل الحق، **فقولان**، حكاهما القاضي أبو حامد: **أحدهما**: لصاحب الحق مطالبة الضامن، وليس له بيع الرهن إلا بعد تعذُّر استيفائه من الضامن.

والثاني: له بيع الرهن وليس له مطالبة الضامن إلا بعد التعذُّر، والصحيح أن يقُال: إن صاحب الحق بالخيار بين مطالبة الضامن، وبين بيع الرهن كما له مطالبة الضامن والمضمون عنه»[2].

فرع إذا جاز للعدل البيع لم يبع إلا بثمن المثل، أو بما دونه قدر ما يُتغابن به الناس، وليكن ذلك بنقد البلد حالًّا، ولا يشترط فيه خيار الثلاث، ولا يسلمه إلا بعد قبض الثمن، فهذه خمسة شروط، الثلاثة الأولى في صحة البيع، الأول متفق عليه، وكذا الثاني إلا ما سنحكيه عن صاحب «التقريب»، وكذا الثالث لا نعلم فيه خلافًا إلا ما سنذكره آخر الكلام، وأما الشرط الخامس فمتفق عليه أيضًا، ولكن ليس شرطًا في صحة البيع، بل في سقوط الضمان.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٤٢ - ١٤٤) بمعناه.

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٩٢).

والرابع: وهو عدم شرط الخيار، فيه **وجهان؛ أحدهما**: أنه على سبيل الاستحباب، ولا تأثير له في الصحة، ولا في الضمان.

والثاني: أنه شرط في صحة البيع وسقوط الضمان، كذا أطلق الماوردي الوجهين[١].

والمصنف، والرافعي، وغيرهما، قالوا في الوكيل بالبيع: إن شرط الخيار للمشتري لم يصح، وإن شرطه لنفسه أو لموكله، **فوجهان؛ أصحهما**: الصحة، وكذا الوكيل بالشراء إن شرط الخيار للبائع لم يصح، وإن شرطه لنفسه أو لموكله **فوجهان؛ أصحهما**: الصحة، والإمام حكى فيهما **ثلاثة أوجه؛ ثالثها**: أن شرط الخيار لصاحبه وحده أو مع إثبات الخيار لنفسه امتنع، وإن شرطه لنفسه دون صاحبه جاز سواء أكان بالبيع أم بالشراء. انتهى.

ومن ذلك يخرج وجه أنه يجوز شرط الخيار مطلقًا، كما أطلقه الماوردي[٢]، ويخرج من مجموع ذلك أن شرطه لنفسه أو لموكله جائز في الأصح والخلاف فيه مشهور، وشرطه للعاقد الآخر ممتنع في الأصح، والخلاف فيه غريب لم أره إلا للإمام على ما اقتضاه كلامه، وكان قد نقله عن بعض الأصحاب في الوكيل بالشراء دون الوكيل بالبيع، ثم نقل عن الجمهور الأوجه الثلاثة فيها، ولنعلم أنه لا فرق في ذلك بين الوكيل والعدل؛ لأنه وكيل، ومحل هذه الشروط عند الإطلاق، فلو نصَّ الراهن والمرتهن على خلافها جاز؛ لأن الحق لهما، وقد ذكر المصنف اختلافهما في نقد البلد آخر الباب.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٧٥).

(٢) المصدر السابق.

وفي «شرح ابن داود» أن الشافعي قال: إذا قال للعدل: بع. يبيع بما به الراهن، فمنهم من يقول: لا يبيع إلا بنقد البلد، وإنما قال الشافعي هذا حيث يكون من جنس نقد البلد.

وقال صاحب «التقريب»: ينظر ما فيه [٢/١٢١] الحظ فيبيع به، وهذا الذي ذكره صاحب «التقريب» ذكره الرافعي في القاضي «أنه لو رأى الحاكم أنه يبيعه بجنس حق المرتهن جاز»[١]، وأما في العدلِ فغريب، وذكره القفال أيضًا في المرتهن إذا امتنع الراهن من الوفاء «أنه يقوم مقام الحاكم في بيعه وتوسط المعاملة الأخرى وبيعه بجنس الدين وعلى صفته»[٢]، وقال الرافعي: «إنه يُشبه أن يلحق وكيل الراهن ببيع المرهون وقضاء الدين منه بالمرتهن، وبل أولى؛ لأن نيابة المرتهن حينئذٍ قهرية، والوكيل قد رضي تصرفه ونصبه لهذا الغرض»[٣]، وهذا من الرافعي بحيث يوافق ما قاله صاحب «التقريب»، لكن بشرط أن يكون الراهن أذن له في قضاء الدين، والماوردي نقل كلام الشافعي المذكور عن «الأم»، «وإن الأصحاب قالوا: إنما أراد إذا كان من غالب نقد البلد»[٤] والبيع بالنسبة عن القاضي أبي حامدٍ حكاية وجهٍ أنه يصح، قال الرافعي: «ولا اعتبار به»[٥]، وهو كما قال، قال ابن الرفعة، ولعل محله إذا أذنا له في البيع قبل حلول الدين فباع نسيئة إلى وقت حلوله، وإلا فلا ضبط لمقدار الأجل.

* * *

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٣).
(٢) انظر: فتح العزيز (٥/ ٢٢٥).
(٣) المصدر السابق (٥/ ٢٢٥).
(٤) الحاوي الكبير (٦/ ١٤٩).
(٥) فتح العزيز (٤/ ٥٠٢).

فرع إذا أخلَّ بالشرط الأول فباع بأقل من ثمن المثل، فإن كان بغبن يسير صح؛ لأن الناس يتغابنون به ويغتفرونه، ولا ينضبط فكأنه ثمن المثل، ونجد كثيرًا من الفقهاء يمثله بدرهم في عشرة، وقد وقع ذلك في كلام الرافعي، وليس المراد أن ذلك مطرد، بل قد يكون الدرهم في العشرة يتغابن به، وقد لا يكون ومع اغتفار الدرهم في العشرة قد يكون العشرة في المائة يتغابن بها، وقد لا يكون. وسيأتي بيان ذلك في كلام الشافعي الذي سنحكيه قريبًا، وإنما يصح البيع بما يتغابن به إذا كان الإذن مطلقًا، ولم يوجد من يشتري بثمن المثل، أما إذا اعتبر ثمنًا، فلا يجوز النقص عنه يسيرًا ولا كثيرًا، وكذلك إذا وَجَد راغب بثمن المثل لا يجوز النقص بغبن، وإن قل فإذا عُرف محل المسامحة بالغبن اليسير، صح البيع معه، وإن نقص عنه لم يصح؛ وهو الغبن الفاحش، ثم إن لم يسلم العين، فهي باقية في يده على حكم الأمانة، ولم تحصل إلَّا التصرف الفاسد ولا اعتبار به، كذا ذكروه، وفيه شيء سنتعرض له في الكلام على نص الشافعي، وإن سَلَّم صار ضامنًا بالتسليم لا بالعقد الفاسد، وفي قدر ضمانه قولان نص عليهما في الرهن الصغير، سنتكلم عليهما بعد ذكرهما.

فرع في حكاية نصه، والكلام عليه قال الشافعي في الرهن الصغير من «الأم»(١): «وإن كان الرهن على يدي عدل، فإن كانا وضعاهُ على يد العدل على أن يبيعه، فله بيعه إذا حل الأجل، فإن باعه قبل أن يحل الأجل بغير أمرهما معًا، فالبيع مفسوخ، وإن فات ضمن القيمة إن شاء الراهن والمرتهن، وكانت القيمة أكثر مما باع به، وإن شاء فللراهن ما باع

(١) الأم (٣/ ١٩٦).

به الرهن قلَّ أو كثر، ثم إن تراضيا أن تكون القيمة على يديه إلى محل الأجل وإلا تراضيا أن يكون على يدي غيره؛ لأن بيعه للرهن قبل محل الأجل خلاف الأمانة، وإن باعه بعد محل الحق بما لا يتغابن الناس بمثله رُدَّ البيع إن شاء، فإن فات ففيها **قولان؛ أحدهما**: يضمن قيمة ما بلغت فيه فيؤدي إلى ذي الحق حقه، ويكون لمالك الرهن فضلها، والقول الآخر يضمن ما حط مما لا يتغابن الناس بمثله؛ لأنه لو باع بما يتغابن الناس بمثله جاز البيع، فإنما يضمن ما كان لا يجوز له بحال، قال الشافعي: وحد ما يتغابن الناس بمثله يتفاوت تفاوتًا شديدًا فيما يرتفع وينخفض ويخص ويعم، فيُدعى رجلان عدلان من أهل البصر بتلك السلعة المبيعة فيقال: أيتغابن أهل البصر بالبيع في البيع بمثل هذا؟ فإن قالوا: نعم. جاز، وإن قالوا: لا. رُدَّ إن قدر عليه وإن لم يقدر عليه ⇑ [٢/١٢١ب] فالقول فيه ما وصفتُ.

قال الشافعي: ولا يلتفت إلى ما يُتغابن به غير أهل البصر، وإلى ترك التوقيت فيما يُتغابن الناس بمثله رجَعَ بعض أصحابه وخالفه صاحبُه، وكان صاحبه يقول: حدُّ ما يتغابن الناس بمثله العشرة ثلاثة فإن جاوز ثلاثة لم يتغابن أهل البصر بأكثر من ثلاثة، قال الشافعي: وأهل البصر بالجوهر والوشي وعليه الرقيق يتغابنون بالدرهم ثلثه وأكثر، ولا يتغابن أهل البصر بالحنطة والزيت والسمن والتمر في كل خمسين بدرهم، وذلك لظهوره وعموم البصر به مع اختلاف ما يدقُّ، وظهور ما يجلُّ»، هذا كلام الشافعي في الرهن الصغير، ويسمى: الرهن اللطيف، ويُسمى: مختصر الرهن، وهو من جملة أجزاء «الأم» يتلو الرهن الكبير من رواية الربيع.

وقال ابن الرفعة: إن الرهن اللطيف من القديم، وتمسك في ذلك بقول الماوردي فيما إذا أحبل الراهن الجارية المرهونة، «قال الشافعي في كتاب

الرهن الصغير المنسوب إلى قوله القديم: إن كان معسرًا لم تخرج من الرهن، وإن كان موسرًا فعلى قولين، وقال في كتاب الرهن الكبير المنسوب إلى قوله الجديد: إن كان موسرًا خرجت من الرهن، وطولب بقيمتها، وإن كان معسرًا، فعلى قولين»[1]. انتهى كلام الماوردي.

فأما كون الرهن الصغير من القديم، فليس بجيِّد؛ لأن الأصحاب يقولون: نص عليه في القديم: والرهن الصغير، فيجعلونه مَعطوفًا على القديم.

وأصرح من ذلك قول المحاملي في «التجريد» في إحبال الراهن: وقال في القديم والرهن اللطيف من الجديد، وهذا نص في أن الرهن اللطيف من الجديد، وكلام الماوردي المذكور ليس نصًّا في أن الرهن الصغير من القديم، ويحتمل أن يكون تأويله قال في الرهن الصغير: القول المنسوبَ إلى قوله القديم فالمنسوبَ منصوب مفعول بـ «قال» لا مجرور صفة للكتاب، ويؤيد ما قلناهُ رواية الربيع له، وهو من رواة الجديد.

نعم، في الرهن وغيره من أجزاء «الأم» أقوال من القديم، ومن الجديد رواها الربيع معًا، وكذلك في «مختصر المزني» يقول: من قديم وجديد، وعلى كل تقدير مصدر النص الذي حكيناه إنما يأتي على القول بوقف العقود، وهو مشهور عن القديم، وروي عن الجديد أيضًا، وإنما جعلنا ذلك تفريعًا على وقف العقود؛ لقوله: إن الراهن والمرتهن إذا أرادا أن يضمنا العدل القيمة، وهذا يكون على ردِّ البيع، وإن شاءا فللراهن ما باع به، وهذا يكون على إجازة البيع، وفيه تصريح على قول الوقف بأن الردَّ والإجازة يجريان بعد تلف المبيع جريانهما مع بقائه، وقوله: فالبيع مفسوخ؛ أي: معرض للفسخ، وقوله: إن بيعه قبل محل الأجل خلاف الأمانة، ظاهره أنه

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٥٠).

سواء سلم أو لم يُسلم، وهو يقتضي أنه بالعقد الفاسد يخرج عن الأمانة، فلكل منهما إخراجه من عنده، ويجوز في جواز بيعه بعد ذلك الخلاف فيما إذا تعدى الوكيل هل ينعزل؟ وقوله: وإن باعه بعد المحلِّ بما لا يتغابن به هي مسألتنا، وقوله: رُدَّ البيع إن شاءا، ظاهره أيضًا أنه تفريع على وقف العقود، ومفهومه: أنهما إذا أرادا إجازة البيع أجازاهُ، وحينئذٍ يصح البيع بالثمن الذي وقع العقد به، ولا يلزم المشتري غيره، ولا يكون العدل ضامنًا لشيء غير أن الثمن يكون في يده أمانة إن قبضه.

وقولهُ: [٢/١٢٢] ⇑ فإن فات؛ أي: وقد ردَّه أو فرَّعنا على أن وقف العقود لا يصح، وإنما قيدناهُ بذلك؛ لأنه لو أجاز وفرَّعنا على الصحة، فقد اقتضى كلامه السابق أنه لا يضمن إلَّا ما باع به، وقوله: ففيها قولان. هما القولان اللذان أشرنا إليهما فيما يضمنه العدل، ولم ينقلهما الأصحاب إلا عن الرهن الصغير، واتفقوا على أن أصحهما الأول، وهو أن يضمن جميع القيمة؛ لأن البيع وقع فاسدًا، فلم يكن له أن يُسلم السلعة، ومن سلم السلعة إلى غير مستحقها ضمن جميع قيمتها، واتفقوا على أن محل القولين إذا سلم السلعة، وتلفت إن لم يسلمها؛ فلا ضمان، وإن سلمها وهي باقية استردت، ويجبُ عليه استرجاعها.

وقال الجُوري **أحد القولين** - وهو أقواهما: أن البيع مردود، وإن تلف، فعليه قيمته.

والثاني: أن عليه الزيادة عما يتغابن الناس بمثله. انتهى. وهو يوهم أن الثاني لا يقول بفساد البيع، ويلزم عليه أن يجري القولان في المشتري، ولكن المفهوم من كلام الأصحاب خلافه، وسنفرد لحقيقة هذا القول فرعًا.

❊ ❊ ❊

فرع إذا استرجعها؛ فهي مضمونة عليه، وهل له بيعها بالإذن السابق؟! فيه **وجهان؛ أصحهما**: وبه جزم الرافعي: له ذلك، وقاسه القاضي حسين على الوكيل، وقال: إن بعض أصحابنا غلط، فقال: لا يجوز.

قلت: وقد حكى جميع الأصحاب في الوكيل في البيع إذا تعدى فيما وكل فيه بأن لَبِس الثوب، أو ركب الدابة، أو شجَّ العبد، أو زنا بالجارية، كما مثَّل به الماوردي، أو وطئها بشبهة، كما مثَّل به القاضي حسين **وجهين؛ أصحهما عند الجمهور**: أنه لا ينعزل عن البيع، وإن خرج عن الأمانة فيما عدا وطء الشبهة.

ولنا: التمثيل بوطء الشبهة، فيقتضي أنه لا فرق بين أن يكون التعدي بفعل محرم أو مضمون، فالقول في بيع العدل هنا ثانيًا ينبغي أن يتخرج على ذلك.

إن قلنا: ينعزل بوطء الشبهة لم يكن له هنا البيع، سواء أكان مُفرطًا أم غير مفرطٍ، فإن ظن أن ذلك ثمن المثل.

وإن قلنا: لا ينعزل بوطء الشبهة، وينعزل بالزنا ونحوه، فيفرق هنا على أن يكون مفرطًا أو لا.

وإن قلنا: لا ينعزل مطلقًا، فها هنا كذلك لا ينعزل ويجوز له البيع، لكن هذا إنما يكون في العدل من جهتهما، أما المنصوب من جهة الحاكم فيشترط فيه الأمانة، فبالخيانة ينعزل، فلا يبيع، ثم إن الأمثلة التي أجروا الخلاف في تعذر الوكيل فيها وزانها هنا؛ تسليم السلعة لغير مستحقها، ونريد هنا: التصرف الفاسد المتقدم على التسليم، وهو حرام وتعدٍّ في عين الفعل المأذون فيه، حيث أوقعه على غير وجهه، فيحتمل أن يقال: إنه أولى

بالانعزال.



فإذا قلنا: له أن يبيع، فباعه، وأخذ ثمنه، لم يكن الثمن مضمونًا عليه؛ لأنه لم يتعد فيه.

فرع

فإن لم يسترجعها وفاتت، فالقولان في ضمان العدل أصحهما يضمن جميع القيمة، والثاني يُحطُّ عنه ما يتغابن به، وإنما أفردنا هذا الفرع لبيان حقيقة هذا القول، فإن عبارة الأصحاب فيه مختلفة، وليُعلم أن القيمة إذا كانت عشرة، وفرضنا أن الذي يُتغابن فيه في تلك السلعة درهم فباعها بثمانية، فهو غبن فاحش لا يُتغابن به، ولا يحتمل، فالمحطوط على هذا القول عن العدل الدرهم العاشر، وهذا لم تختلف فيه كلمةُ الأصحاب تفريعًا على هذا القول، وإنما اختلفت عبارتهم في المضمون الذي يغرمه العدل، فقال الرافعي: «تسعة»[1] وكذا قال المحاملي في «التجريد».

وقال الشيخ أبو حامد: درهم، وكذا سُلَيم في «التقريب»، وموافقة قول الماوردي، فإنه مثَّل بما إذا كانت القيمة مائة وقدر ما يُتغابن به عشرة ⇑ [٢/١٢٢ب] وباع بخمسين وجعل الذي يضمنه العدل على هذا القول أربعين[2]، وهو أَقْرَبُ إلى عبارة الشافعي التي حكيناها، فإنه قال: «يضمن ما حط مما لا يُتغابن به»[3]. فجعل المضمون هو المحطوط، والثمن الذي باع به ليس بمحطوط.

وقد جَمَع المصنف بين الكلامين في باب الوكالة[4]، وجعل في

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٣).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١٣٤).
(٣) الأم (٣/ ١٩٦).
(٤) المهذب (٢/ ١٧٣).

المضمون على الوكيل **ثلاثة أوجه؛ أحدها**: جميع القيمة. **والثاني**: تسعة. **والثالث**: درهم.

وبنى الماوردي على قاعدته، فقال: «**إن قلنا**: عليه ضمان الغبنيَّة وحدها؛ وهي أربعون، فإن كان قبض الخمسين يرى المشتري منها؛ لأنه دفعها إلى مؤتمن عليها، وليس على العدل ضمانها؛ لأنه غير مُتعدٍّ فيها، والأربعون الزائدة للراهن أن يرجع بها على من شاء من العدل والمشتري وقرار الضمان على المشتري، والعشرة الزائدة يرجع بها على المشتري وحده، وإن لم يقبض، فإن رجع الراهن على المشتري رجع بمائة، وإن رجعَ على العدل، رجعَ بأربعين لا غير، وعلى المشتري بستين، وإذا غرم العدل الأربعين رجع بها على المشتري، وإن قلنا: يضمن الجميع، فلا يبرأ المشتري من شيء يدفعه إلى العدل، بخلاف ما قلنا من قبل؛ لأن العدل ضامن للكل بالتعدي وهناك ما سوى الغبنية ليس بمضمون عليه فكان أمينًا فيه، وكذلك لو كان العدل قبض من المشتري الثمن والغبنية لم يبرأ المشتري من الغبنية لضمان العدل لها ويبرأ من الثمن؛ لأنه أمين فيه»[1]. هذا ما قاله الماوردي ولم أره لغيره، وفيه وقفةٌ من جهة أنه إذا كان البيع فاسدًا والضمان بالتسليم، ولا يجوز له تسليم شيء من السلعة سواء أقبض الثمن الفاسد أم لا، فإذا سلمها ضمن جميعها، ولعل توجيهه أنه على هذا القول لما سقط عنه ضمان العشرة؛ لأنه لو باع بدونها لم يضمنها، وجَبَ أن يقسط عنه ضمان الخمسين المقبوضة؛ لأنه لو قبضها وقد باع بالتسعين لم يضمنها، وهو مقتضى علة هذا القول، فليكن هذا الذي قاله الماوردي هو المعتمد لهذا المعنى، وإن كان المتبادر إلى الفهم غيره، وتظهر فائدة هذا الاختلاف فيما

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٣٥) بمعناه.

إذا بلغت الخمسون المقبوضة في يد العدل بغير تفريط، فعلى ما قاله الماوردي تلفت من ضمان الراهن، وعلى مقتضى ما قاله الرافعي وغيره تلفت من ضمان العدل بغرمها للمشتري، ويغرم للراهن التسعين كاملة، لكنه يرجع بها على المشتري، فقد يجري التقاصّ ويظهر أثر الخلاف أيضًا مع بقائها - أعني: بقاء الخمسين على مقتضى ما قاله الماوردي - يستحق الراهن أخذها، وعلى مقتضى ما قاله الرافعي وغيره يجب ردها على المشتري، ويغرم للراهن من ماله.

وقد ظهر أن الذي قاله الماوردي أصح تفريعًا على هذا القول، وإنما لم يقل الشافعي هذا القول فيما إذا باع قبل المحل، بل ضمنه إذا رد البيع القيمة كاملة؛ لأنه هناك غير مأذون له، وهنا مأذون له في البيع بتسعين، وفي قبض الخمسين إذا باع بتسعين.

فرع هذا كله في ضمان العدل، أمّا المشتري، فقد اتفق الأصحاب على أنه يضمن القيمة كاملة، ولا يجري فيه القولان المذكوران، ولا تسقط عنه العشرة التي يتغابن الناس بها، سواء أرجع الراهن عليه أم على العدل، بل إن رجع عليه رجع بالمائة، وإن رجع على العدل وأخذ منه التسعين، رجعَ الراهن أيضًا على المشتري بالعشرة، ويرجع العدل عليه بما غرمه ولم يقبضه، وإذا غرم المشتري وكان قد أعطى الثمن للعدل، وفرعنا على أنه يضمن الجميع فالقبض فاسد، فنرجع على العدل بما قبضه، وإنما لم تجر[1] القولان في المشتري؛ لأنه قبضَ عن بيع فاسد، وقد يقول القائل إذا ⇑[٢/١٢٣] سقطت العشرة عن العدل؛ لأنه لو باع بدونها صح، فلم لا يسقط عن

(١) كذا في المخطوطة.

المشتري بدونها صح، وليس في كلام الشافعي تعرض لحكم المشتري، فقد يكون يقول بالقولين فيه والممكن في جواب هذا: أن علة ضمان العدل التفريط، والتفريط بالعشرة مسموح له فيه، وعلة ضمان المشتري القبض عن عقد فاسد، وهو لا يختلف بالنسبة إلى جميع القيمة.

فرع شبَّه الأصحاب القولين في ضمان العدل بمسألتين:

أحدهما: الزكاة إذا فرقها بنفسه يعطي من كل صنف لثلاثة، ولا تجب التسوية بين الثلاثة، فإن أعطى نصيب الصنف إلى اثنين غرم للثالث الثلث في أحد القولين، وأقل جُزءٍ في القول الآخر.

المسألة الثانية: الأضحية إذا أكل الجميع: هل يضمن قدر ما كان يجزئه ابتداء، وهو أقل جُزء؟ أو يضمن القدر المستحب: وهو النصف أو الثلث؟ وربما ذكروا أن الخلاف في المسألتين مُفرَّع على هذين القولين، ولك أن تفرق وتقول: ضمان أدنى جزء في المسألتين ظاهر؛ لأنه الواجب، وضمان الأقل هنا ترك من الواجب على قياس المضمونات.

فرع ذكره المصنف في باب الوكالة في الوكيل، وأكثر الأصحاب هنا في عدل الرهن وهو وكيل، ولا فرق بينه وبين غيره من الوكلاء، فتتأسى بأكثر الأصحاب في ذكره هنا؛ تعجيلًا للفائدة لو باع العدلُ الرهنَ بثمن المثل أو بدونهِ قدرًا يتغابن بمثله، حيث لم يطلب بزائد، ثم زاد راغب، فإن كان بعد انقضاء الخيار، فلا أثر للزيادة؛ لأن البيع لزم لكي يستحب للعدل أن يستقيل المشتري ليبيعه بالزيادة للراغب أو لهذا المشتري، وإن كان في زمن الخيار، إما خيار المجلس، وإما خيار الثلاث؛

كما صرَّح به ابن الصباغ وغيره، وإن كان الشافعي[1] وأكثر الأصحاب إنما فرضوها في خيار المجلس، ولكن المأخذ واحد، والإلحاق فيهما عند الأكثرين، وعلى طريقة أبي زيد والقفال، وقولهما: إن الحط والزيادة يلحقان في خيار المجلس دون خيار الشرط يحتمل أن يقولا هنا مثله، ويحتمل أن يُفرق؛ وهو الظاهر ويسويا هُنا بين الخيارين إذا عرفت هذا فتقول: إذا زاد راغبٌ في زمن الخيار، **ففي المسألة أوجه؛ أحدها**: أنه لا ينفسخ العقد بهذه الزيادة، ولا يلزم قبولها، والعقد باقٍ بحاله، ولا ضمان على العدل إذا سلم بعد قبض الثمن؛ لأن هذه الزيادة قد تُبذل للرغبة، وقد تبذل للفساد على المشتري الأول، وهذا الوجه حكاه الماوردي[2] وجماعة من العراقيين وابن داود، وضعفه الماوردي.

والثاني: أن على العدل أن يُفسخ، فإن لم يفعل لم ينفسخ، وهذا الوجه لم أره إلا في «شرح ابن داود» بهذه العبارة، وظاهرها الوجوب، بل كلامه، كالصريح فيه.

وكلام المصنف في باب الوكالة قد يقتضيه أيضًا، فإنه حكى **وجهين؛ أحدهما**: لا يلزمه فسخ البيع.

والثاني: يلزمه، وهو الصحيح عنده[3]، ولكن يمكن تأويله على الانفساخ، كما سيأتي في كلام الإمام بخلاف كلام ابن داود، فإنه لا يمكن تأويله على ذلك.

والوجهُ الثالثُ؛ وهو الصحيح المشهور: أنه لا بدَّ من الانفساخ، ولكن

---

(١) الأم (٣/ ١٧٢ - ١٧٣).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١٣٦).

(٣) المهذب (٢/ ١٧٢).

اختلفوا في طريقه، ووقت الحكم به، فالذي قاله الجمهور؛ أنه يؤمرُ بالفسخ والبيع من الراغب بالزيادة، فإن لم يفعل انفسخ، وأخذوا هذا من قول الشافعي قبل الزيادة، فإن لم يفعل، فبيعه مردود.

قال ابن داود: ظاهر هذا أنه إذا زِيد، فليفسخ وإلا انفسخ. وقال: إن الأقيس ما هو ظاهر النص.

وعبارة ابن الصباغ: قال الشافعي: لزمه أن يفسخ العقد بينهما ويبيع بالزيادة، فإن لم يفعل قال: يكون البيع مردودًا، فإما أن يكون ابن الصباغ فهم هذا من كلام الشافعي المذكور، فنقله بالمعنى، وإما أن يكون وجده في موضعٍ آخر.

وعبارة المحاملي في «التجريد»: فالمنصوص أنه يلزم قبول ذلك وفسخ العقد، فإن لم يفعل بطل البيع، وعلى الأمر بالفسخ والبيع، وأنه إن لم يفعل انفسخ جرى الرافعي[١].

وعبارة ابن الصباغ والمحاملي يقتضي ظاهرها أن ذلك على سبيل الوجوب، وأن هذا الوجه ⇑ [٢/١٢٣ب] يشارك الثاني في وجوب الفسخ ويفارقه في أنه إن لم يفعل انفسخ، فأما وجوب الفسخ على العدل؛ فلأنه يجب عليه الاحتياط، وألا يبيع مع وجود راغب بزيادة إلا بتلك الزيادة، ومن جملة الاحتياط إذا كان متمكنًا من الفسخ أن يفسخ؛ تحصيلًا للزيادة، وكان القياس يقتضي حصول الانفساخ لمجرد الزيارة، إلا أن الزيادة قد تستقر، وقد لا تستقر فيحتاج النظر فيها إلى تأملٍ، فلم نقل بالفسخ بنفس الزيادة، وفوضناه إلى العدل، فإذا لم يفعل مع استقرار الزيادة وبقاء الراغب عليها تحقق التفريط، فحكمنا بالانفساخ وأعملنا القياس؛ إلحاقًا لزمن الخيار

---

(١) فتح العزيز (٤/٥٠٣).

بحالة العقل، وفي حالة العقد لا يجوز البيع مع الراغب بزيادة، فكذلك في حال الخيار لا يدوم، ولا نقول: إنه تبين البطلان، وأنه تبين لنا أنه باع بما لا يجوز البيع به، بل إنما باع بما يجوز البيع به، ولكن هذه زيادة جديدة حدثت فلا ينعطف حكمها على ما مضى، بل يقطع دوامه، كما لو قارنت منعت ابتداءه، فهذا توجيه هذا الوجه، ومن تمام تحريره أنا إذا حكمنا بالانفساخ إذا لم يفعل هل ذلك لامتناعه عن الفسخ وتفريطه، أو لأن الزيادة قد استقرت؟ وإنما امتنعنا من الحكم به في الأول؛ لاحتمال الرجوع عنها، وإذا قلنا بهذا الثاني، فهل تتبين الانفساخ من حين الزيادة أو لا يكون إلا بعد تحقق عدم الفعل؟ كلامهم محتمل لذلك كله.

والأسبق إلى الفهم منه القسم الأخير، وهو أنه لا ينفسخ إلَّا بعد تحقق عدم الفعل، وإما أنه بالامتناع أو بالزيادة المستقرَّة الأقرب الثاني، وإن كان كلامهم محتملًا للأول، ومن تمام تحريره أيضًا؛ أن قولنا: لم يفعل، هل المراد به الامتناع حتى إنه لو لم يعلم بالزيادة حتى انقضى الخيار يلزم العقد؛ لأنه لم يحصل منه تفريط أو على حقيقته من عدم الفعل علم أو لم يعلم، حتى إذا انقضى الخيار على تلك الزيادة، ولم يشعر بها نتبين بطلان البيع لم أجد فيه نقلًا، وهو يلتفت على ما حركناه من البحث إن جعلنا الموجب للانفساخ الزيادة المستقرة انفسخ علم أو لم يعلم نظرًا للمالك، وإن جعلنا الموجب للانفساخ امتناع الوكيل لتفريطه فلا، والأقرب الأول، ولا يخلو الوكيل عن تفريط في مثل هذا؛ لأنه كان يمكنه الاستكشاف، ومن تمام تحرير هذا الوجه أن العدل لو لم يفسخ، ولكن باع من الراغب بالزيادة من غير تقديم فسخ، فقد بناهُ الأصحاب على أن البائع إذا باع المبيع في زمان الخيار، هل يصح أو لا يصح؟ ويكون فسخًا أو لا يكون فسخًا؟ وفيه

ثلاثة أوجه: أصحها الأول: أنه يصح ويكون فسخًا، وعندي أن بيعه في مسألتنا أولى بالصحة، وقد لا يجري فيه الخلاف ويظهر لك ذلك بما حركناهُ من البحث إن جعلنا الموجب للانفساخ هو الامتناع أو عدم الفعل، فإذا باع لم يتحقق عدم الفعل، فيتعين تخريجه على الخلاف، والأصح الصحة، ويحصل الفسخ به، وإن جعلنا سبب الانفساخ الزيادة المستقرة لا سيما إذا عطفناه على حين حدوثها، فلا يأتي ذلك الخلاف، بل يصح البيع جزمًا؛ لأن منشأ ذلك الخلاف كون اللفظ الواحد جالبًا مُزيلًا، وهذا المعنى مفقود هنا؛ لأن الجالب هو الزيادة، والمزيل هو اللفظ، وهذا لا شك فيه إذا عطفنا الانفساخ على حين الزيادة؛ لأنه يتبين أن الانفساخ قبل البيع، وكذا إذا لم يعطفه من جهة أن الجالب غير المزيل، وإن قارنه تمام تحققه، وإذا قلنا بصحة البيع، إما قطعًا، وإما على الأصح؛ فهو يغني عن تقديم فسخٍ، فيصير المأمور به؛ إما الفسخ، وإما البيع، ويكون مراد الجمهور بإيجاب الفسخ، إيجابه، إما بلفظه وإما في ضمن البيع المأمور به.

وإن قلنا: إن البيع في زمان الخيار لا يصح؛ تعيَّن أن المأمور به الفسخ بلفظ الفسخ؛ ليصح البيع بعدَهُ، فخرج [٢/١٢٤] من هذا أن الأصح تخيير العدل على الفسخ والبيع بعده كما هو ظاهر عبارة الأصحاب، وبين إنشاء البيع وينشأ من هذا أنه قد يقال: الأحوط البيع بدون توسط الفسخ؛ لئلا يفسخ، فيرجع الراغب، فإذا كان المال ليتيم ونحوه ممن يجب الاحتياط له يجب سلوك هذا الطريق، ولا يفسخ بلفظ الفسخ، أو يقال بأنه يفعل ما يؤدي إليه اجتهاده لما يظهر له من المصلحة، فخرج من كلام الجمهور **وجهان**؛ **أحدهما**: يتعين الفسخ ثم البيع.

وأصحهما: أن له أن يبيع من غير تقديم فسخ، وكلام الشافعي(١) محتمل

(١) الأم (٣/ ١٧٢ - ١٧٣)، ومختصر المزني (٨/ ١٩٥).

للوجهين، بل حمله القفَّال على الثاني فقط.

قال القفال: كيفية قبول الزيادة باستئناف البيع مع المشتري الثاني من غير فسخ الأول؛ لأنه لو فسخ الأول بلفظ الفسخ ربما يمتنع الثاني، فيبطل المقصود من العقدين، فيبيع من الثاني، ويكون بيعه الثاني فسخًا للأول قال: وهذا معنى قول الشافعي: «قبل الزيادة»، وهو يدل على صحة أحد الأوجه إذا باع البائع في المجلس من آخر صح البيع وانفسخ الأول، ولا يحتاج أن يقول أوَّلًا: فسختُ. انتهى.

وقد قدمتُ أن ما نحن فيه أولى بالصحة، فلا يكون دليلًا على صحة الوجه المذكور، بل يلزم من صحة الوجه المذكور صحة هذا، وأعرض الإمام والغزالي عن معنى الوجوب، واقتصر على الانفساخ، وقالا: إن جوزنا البيع ثانيًا، فطريقه أن يبيع من الراغب، فإن قبل تم العقد، وحصلت الزيادة، وإن أبى كان العقد الأول باقيًا، فإن امتنع العدل من ذلك حُكم بالانفساخ حينئذ.

وإن قلنا: البيع الثاني لا ينفذ ولا ينفسخ الأول، فيتعين فسخ الأول، ولا يجب على العدل؛ إذ هو على خياره، فيتعين أن العقد ينفسخ، وهذا معنى استحقاق الفسخ. هذا ملخص كلامهما في «النهاية»[1] و«البسيط».

وحاصله وجهان؛ أحدهما: حصول الانفساخ بالزيادة.

والثاني: إذا امتنع العدل، وهذا يوافق ما قاله الجمهور في أن الانفساخ لا يحصل إلا إذا لم يفعل، ويخالفه في أنه لا يقول بالوجوب، وهم يقولون به، فاجتمع ستة أوجهٍ، واختار الغزالي في «الوسيط»[2] أن الانفساخ

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٨٣ - ١٨٤).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠٧).

بالزيادة، ولو بدا للطالب فرجَعَ عن الزيادة بعدما حكمنا بالانفساخ بالزيادة، فإن كان بعد التمكن من بيعه، **فوجهان** في «تعليقة القاضي حسين» وغيرها؛ **أحدهما**: ويقتضي إيراد الرافعي ترجيحه أن العقد ارتفع فلا بدَّ من بيع جديد.

والثاني عن الصيدلاني: أنه يتبين أن البيع بحاله، وكان الفسخ كان موقوفًا، كما لو بذل الابن الطاعة لأبيه في الحج، وجعلناه مستطيعًا به، ثم رجع عن الطاعة قبل أن يحج أهل بلده، فإنا نتبين عدم الوجوب، وإن كان قبل التمكن جزم الرافعي بأن البيع الأول بحاله(١).

وكلام الإمام(٢) والغزالي في «الوسيط» يقتضي جريان الخلاف، ولفظ «الوسيط»: «لو أبى الراغب عن قبول البيع بعد إظهاره، فالأصح أنا نتبين أن الانفساخ لم يكن»(٣)، على أن كلام الرافعي أيضًا محتمل لإجراء الخلاف في الحالتين، لكن كلام الإمام والغزالي أظهر فيه، وكلام القاضي حسين بعيد عنه، وإذا ضممت وجه نفوذ الفسخ ووقفه إلى بقية الأوجه صارت سبعة، واستفدنا من قول الإمام والغزالي أن يبيع من الراغب، فإن أبى كان البيع باقيًا [أن](٤) مجرد قوله: «بعتك» لا يكفي في الفسخ على قولنا: البيع فسخ حتى يتم بالقبول، وهي فائدة جليلة؛ لئلا يعتقد أن إيجابه دليل على الفسخ، ولو تحقق امتناع العدل من قبول الزيادة وحكمنا بالانفساخ، ثم بدا للراغب، فهل يجري الوجهان في أنا نتبين بقاء العقد أو لا بل يكون الانفساخ ظاهرًا أو باطنًا كلام القاضي [٢/١٢٤ب] حسين يُشعر بجريانهما؛ لأنه قال:

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٣).
(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٨٤).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠٧).
(٤) هكذا في المخطوطة.

فلو لم يبعه من المستزيد وحكمنا ببطلان البيع، ثم بدا للمستزيد ورَجَع بان أن العقد لم يبطل، وقال في الكرة الثانية: إن رجع المستزيد بعد التمكن، فلا يعود الأول صحيحًا، وإن رجع قبل التمكن لم يبطل العقد الأول. انتهى. فحصل الخلاف مطلقًا، والقول بأنه يتبين بقاء العقد نسبه الرافعي إلى الصيدلاني[1]، وعلى هذا لا يقطع بالانفساخ باطنًا إلا بانقضاء الخيار والغزالي مع قوله: إنه ينفسخ بالزيادة، وإذا أبى الراغب تتبين بقاء العقد، ظاهره موافقة ذلك مع احتمال أنه عند تحقق الامتناع نقطع بالانفساخ، لكن إطلاقه يخالفه، فحصل أن في وقت الانفساخ باطنًا **ثلاثة أوجهٍ؛ أحدها**: بظهور الزيادة.

والثاني: بالامتناع من قبولها، وهو اختيار الرافعي.

والثالث: بانقضاء الخيار نتبين نفوذ الفسخ، وهو اختيار الصيدلاني والغزالي، وفي وقت الحكم به ظاهرًا **وجهان؛ أحدهما**: بالزيادة.

والثاني: بالامتناع، ولم أعلم أحدًا يقول بتأخره إلى انقضاء الخيار.

والرافعي يرى أن وقت الانفساخ ظاهرًا وباطنًا واحد، وهو عند تحقق عدم قبول الزيادة[2] والتمكن منها من غير توقف على انقضاء الخيار، وهذا هو المختار، وعلى كل تقدير هل يجب على الوكيل تعاطي الفسخ عينًا أو الفسخ ولو بالبيع أو لا يجب أصلًا؟ بل له أن يترك حتى ينفسخ بنفسه.

يخرج مما حكيناه ثلاثة أوجهٍ، هذا كله على قول الجمهور أنه لا بدَّ من الانفساخ ووراؤه الوجهان المبدوء بهما أن الفسخ واجب، فإن لم يفسخ؛ لم ينفسخ، أو أنه لا يجب فسخ ولا انفساخ، وإذا قلنا بأن العدل يبيع ثانيًا؛ إما

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٣).

(٢) انظر المصدر السابق.

بعد الفسخ وإما بدونه، فهو ملتفت على أن الوكيل بالبيع لو باع ثم فسخ هل يتمكن من البيع مرَّة أخرى، وفيه خلاف نقله الإمام هُنا قال: منهم من قال: ليس له أن يبيع إلا بتوكيل جديد، فإنه لم يُوكل إلا ببيع واحدٍ، ومنهم من قال: له البيع من غير توكيل جديد، فإنه وكيل في بيع يتم، ويؤدي إلى الغرض، فإذا لم يتم وفسخ، فهو مأمور ببيع يتم على موجب التوكيل، وقال الرافعي في آخر باب الرد بالعيب: «لو فرض الرد بالعيب على الوكيل، فهل للوكيل بيعه، ثانيًا: **وجهان؛ أصحهما**: لا؛ لأنه امتثل الأمرَ وهذا ملك جديد، ولو وكله في بيع بشرط الخيار للمشتري، فامتثل ورد المشتري.

فإن قلنا: ملك البائع لم يزل، فله بيعه ثانيًا.

وإن قلنا: زال وعاد، فهو كالرد بالعيب»[1].

وقال في باب الوكالة: «إذا وكله ببيع فباع وَرُدَّ عليه بعيب أو أمره بشرط الخيار فشرط، ففسخ البيع لم يكن له بيعه ثانيًا»[2]، وما ذكره في الوكالة يمكن حمله على شرط الخيار للمشتري وحده، فيتفق مع ما قاله في الرد بالعيب، وما ذكره هناك من منع البيع ثانيًا بعد الرد بالعيب ظاهر؛ لأن الملك الذي وقع فيه التوكيل انقطع، فيصير كالتوكيل قبل الملك.

ومستند الوجه الآخر: أن الملك العائد بالرد هو الملك الأول، أو أن الحنث يعود، وأما منع البيع إذا فسخ في خيار الشرط إذا قلنا: الملك انتقل فمثله، **وأما إذا قلنا**: الملك لم ينتقل فقد جزم الرافعي فيه بجواز بيعه ثانيًا، وفيه إشكال لما أشار إليه من التعليل بأنه لم يُوكل إلا ببيع واحدٍ، وما أطلقه

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٢٨٥) بمعناه.

(٢) فتح العزيز (٥/ ٢٥٦) بمعناه.

في الوكالة يحتمل أن يبقى على إطلاقه، ويثبت خلاف في المسألة هل يمتنع البيع نظرًا إلى اللفظ، فإنه لا يقتضي التكرار أو يجوز نظرًا إلى المعنى، ومقصود التوكيل من بيع تامٍّ، والأقرب: النظر إلى اللفظ، ولم يحضرني فيه نقل غير ما ذكرتُ، هذا إذا كان الفسخ من غير جهة الوكيل كما فرضنا، أما إذا كان الفاسخ هو الوكيل لأجل الزيادة كما في مسألتنا، فيترجح جانب النظر [٢/١٢٥] إلى المعنى؛ لأنه إنما فسخ؛ تحقيقًا لمقصود الموكل وتحصيلًا، فالعرف يقتضي إدراجه في لفظه، وكل ما ذكرناهُ في خيار الشرط يأتي في خيار المجلس بعينه، فإن جوزنا البيع ثانيًا، فلا إشكال، وإن منعناهُ وكان المنع مطردًا في صورة الزيادة، فلا محمل لهذه المسألة، إلا أن تفرض فيما إذا صرَّح له بالإذن، هكذا نبَّه الإمام والرافعي[١] عليه، وإذا صح ما قاله الرافعي في باب الرد بالعيب من أنه يجوز البيع ثانيًا **إذا قلنا**: لم يزل الملك؛ اتضحت المسألة هنا؛ لأن الغرض أنه في خيار المجلس أو في خيار الشرط لهما أو للبائع، وحينئذ لم ينتقل الملك على الأصح، لكن الذي يقوى أنا إذا قلنا بزوال الملك لم يصح؛ لئلا يكون توكيلًا قبل الملك.

وإن قلنا: لا يزول، فينبغي جريان وجهين لما نبَّه عليه الإمام من العلَّة، فإن خص ذلك في غير صورة الزيادة، وإلَّا فيأتي فيها خلاف أو يقرض في التصريح بالإذن كما سبق، ولم يحك الرافعي الوجه القائل بالانفساخ بنفس الزيادة ولا الوجه القائل بأن العدل له ترك الزيادة، وإنما مضمون كلامه القول بلزوم الفسخ بلفظ الفسخ على وجهٍ، وبأي طريق كان على الأصح، وأنه إن لم يفعل انفسخ حينئذ ظاهرًا أو باطنًا، وقيل: ظاهرًا حتى نتبين عدم رجوعه.

---

(١) فتح العزيز (٤/٥٠٣ - ٥٠٤) بمعناه.

فرع إذا عرفت هذا **فإذا قلنا**: بطل البيع وجبَ الضمان على العدل بتسليمه العين، وفيما يضمنه إذا كانت الزيادة على ثمن المثل **قولان في «الحاوي»**[١] **أحدهما**: قدر الزيادة فقط، فإذا كان الثمن مائة، والزيادة عشرة ضمن عشرة، فعلى هذا إذا غرمها لم يرجع بها على المشتري؛ لأن ضمان المشتري ضمان غصب، وتلك الزيادة المبذولة لا تضمن بالغصب، وعلى هذا إن دفع المشتري الثمن إلى العدل برئ؛ لأنه ليس بضامن، فكان أمينًا عليه.

والقول الثاني: أن العدل ضامن للكل، وهو مائة وعشرة، فلا يبرأ المشتري بدفع الثمن إليه، وللراهن أن يرجع على أيهما شاء، فإن رجع على العدل رجعَ بمائة وعشرة، ويرجع العدل على المشتري بمائة فقط، وإن رجع على المشتري رجع عليه بمائةٍ، ورجع على العدل بعشرة، وإذا غرم المشتري لم يرجع على العدل، ولو كان البيع بدون ثمن المثل قدر ما يتغابن به، وكانت الزيادة إلى ثمن المثل، فالمضمون القيمة على القولين؛ لاستواء الحالين، وإن كانت الزيادة دون ثمن المثل كما لو بيع بتسعير وهي يُتغابن بها والقيمة مائة والراغب بذل خمسة وتسعين، فالذي يضمنه المشتري مائة لا يختلف حكمه، وفيما يضمنه العدل **قولان**؛ في «الإفصاح» لأبي علي الطبري؛ **أحدهما**: عليه تمام القيمة.

والثاني: ما يزيد على الثمن قال: وقد يحتمل أن يقال: أن ليس عليه ضمان الزيادة، ويفارق هذا بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله؛ لأنه ترك شيئًا من حق غيره بيقين، وهنا لم يترك شيئًا من حقه بيقين، ولا أخرج شيئًا من ملكه

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٣٦).

لم يقبض ثمنه. انتهى.

فأما **القولان**، فهما المتقدمان عن الرهن؛ **أحدهما**: يضمن القيمة وهو الأصح، فلا يختلف الحال، فيضمن هنا مائة.

والثاني: يحط ما يتسامح به، فيحط هُنا خمسة؛ لأنه لو باع بخمسة وتسعين صح، والاحتمال الذي قاله أنه يضمن التسعين فقط ولا يضمن الزيادة؛ لأنها غير محققة، وعلى ما تقدم في تلك المسألة عن الماوردي لا تقل: يضمن، بل قل: لا يضمن الزيادة كعبارة «الإفصاح»، وأما التسعون فحكمها على ما سبق عن الماوردي من التفصيل من أن يقبضها أو لا، وهذا الاحتمال وجهٌ؛ لأن أبا علي الطبري صاحب وجهٍ.

فرع قال الماوردي: «وَليس الراهن وحدَه مستحقًّا للرجوع بها دون المرتهن، ولا المرتهن دون الراهن، ولكنهما جميعًا يستحقان [٢/١٢٥ب] الرجوع بها الراهن بحق ملكه، والمرتهن بحق وثيقته، فإن اجتمعا على قبضها برئ العدل منها، ثم إن اتفقا على تركها رهنًا أو قضاءً فذاك، وإن اختلفا أجيب مَن دعا إلى أن تكون قضاء إذا كان الحق حالًّا، وإن قبضها الراهن، فللمرتهن أن يرجع بها على العدل دون المشتري؛ لأن العدل ضامن لحق الرهن والمشتري ضامن لحق الملك.

فإن قيل: المرتهن يرجع على الجاني بالأرش والجاني ضامن لحق الملك.

قيل: إنما رجع المرتهن على الجاني؛ لأن الجاني ضامن للحقين معًا؛ إذ ليس يجب ضمان الرهن على غير الجاني، وإذا رجع المشتري على العدل لم يكن للعدل أن يرجع على الراهن بما دفعه إلى المرتهن؛ لأن العدل لو

دفع إلى المرتهن ابتداء كان للراهن أن يرجع عليه بما دفع، ويصير العدل متطوعًا، وإن قبضها المرتهن، فللراهن أن يرجع بها على العدل إن شاء؛ وعلى المشتري إن شاء؛ لأن كلًّا منهما صار ضامنًا لحق الملك، وليس للمرتهن أن يرجع إلا على العدل؛ لأنه الضامن لحق الرهن، فإن كان المرتهن قبض ذلك من المشتري، فللمشتري أن يرجع عليه به، وإن كان قبض من العدل لم يكن للعدل أن يرجع بها عليه»[١].

فرع لو باع بغير نقد البلد أو نسيه وسلم، فالراهنُ بالخيار في تغريم مَن شاء من العدل والمشتري كمال قيمته، قال الرافعي: «هكذا نقلوه، وغالب الظن طرد الخلاف الذي في الغبن يؤيده أن صاحب «التهذيب» في آخرين جعلوا كيفية تغريم الوكيل إذا باع على أحد هذه الوجوه، وسلم على الخلاف، وسوَّوا بين الصور الثلاث، ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن وسائر الوكلاء، وعلى كل حال، فالقرار على المشتري؛ لحصول الهلاك في يده»[٢]. انتهى.

ولفظ «التهذيب» في الوكيل: «فلو باعه بعرض أو بغير نقد البلد أو مؤجلًا أو بغبن فاحش، لا يصح البيع، فإذا سلم ضمن وللمالك الخيار، فإن ضمن المشتري ضمانه كمال قيمة العين، وإن ضمن الوكيل؛ المذهب هنا أيضًا أنه يضمنه كمال القيمة، وقيل: يحط قدر الغبن اليسير»[٣]. انتهى، وهو ظاهر فيما قال الرافعي، وإن أمكن تأويله على الخلاف في صورة الغبن خاصة في مقابلة تضمين كمال القيمة في الصُّور كلها، وممن صرَّح بنفي

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٣٧ - ١٣٨) بمعناه.
(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٠٣) بمعناه.
(٣) التهذيب (٤/ ٢١٦).

الخلاف الماوردي قال في البيع بغير الغالب من نقد البلد: «يكون العدل ضامنًا لجميع القيمة قولًا واحدًا»، وفرق بأنه: «ليس جُزءًا متميزًا عن الضمان وسببه، والغبنية هناك متميزة مُقدَّرة، فجاز أن يختص الضمان بها على أحد القولين»[1]. انتهى.

وهذا يظهر على طريقته في تضمينه الأربعين خاصة، أما على تضمينه التسعين، فيظهر ما قاله الرافعي؛ لأنها مقدار يجوز البيع به لا يختلف، فليكن في المسألة طريقان مبنيان على المأخذين، ثم قال الماوردي في البيع بغير النقد: «الغالب أنه على ما مضى من مطالبة العدل أو المشتري وما يتفرع على ذلك، وفي البيع بالنسيئة كذلك بجميع قيمته سواء أكانت أكثر من الثمن أم أقل، ولا يبرأ المشتري بدفع القيمة إلى العدل على ما ذكرنا»[2].

فرع فلو باع صحيحًا وسلَّم قبل قبض الثمن، فإنه مضمون على كلٍّ من العدل والمشتري بالثمن المسمى دون القيمة، فإن دفع المشتري الثمن إلى العدل برئ، وإن كان العدل ضامنًا؛ لأنه ضمان تفريط لا ضمان غصب.

 فلو شرط الخيار وقلنا: يجوز، فلا ضمان.

وإن قلنا: لا يجوز، فالبيع باطل، فإن فات الرد كان كل من المشتري والعدل ضامنًا لقيمته دون الثمن، ولا يبرأ المشتري بدفعها إلى العدل؛ لأنه ضامن لها ضمان غصب.

(١) الحاوي الكبير (٦/١٣٨).
(٢) انظر المصدر السابق بمعناه.

فرع [٢/١٢٦] ⇑ لو باع العدل بما يتغابن به، ثم زيد في زمن الخيار، فكما لو باع بثمن المثل ثم زيدَ إلّا في شيء واحد، وهو أن الزيادة على ثمن المثل لا يرجع بها على المشتري، والزيادة على ما يُتغابن به إلى ثمن المثل يرجع بها عليه، وقد سبق ذلك.

فرع قال الجُوري: أما المفلس والمريض إذا باعا بما يُتغابن الناس بمثله ولم يتفرقا حتى جاء مَن يزيد، فعلى **قولين؛ أحدهما**: البيع مفسوخ إن لم يقبلا الزيادة، والفصل بينهما وبين الوكيل على أحد القولين أنهما في الابتداء لم يؤخذ عليهما بيع ذلك على النظر، واحتراز الربح لهما لا للغرماء، فكذلك المتعقب والوكيل بائع مال غيره على النظر.

فرع ليس للعدل بيع الرهن إلا بإذن الراهن والمرتهن، وقال أبو ثور: للعدل بيع الرهن أحبَّ الراهن أو كره، ولو قال له الراهن: لا تبع، أو للمرتهن: لا تبع؛ فله أن يبيعَ، فإن اجتمعا على ترك البيع لم يكن له أن يبيع، هذا قول أبي ثور، والجمهور على خلافه، هكذا نقل الجوري مذهب أبي ثور، وهو غريبٌ بعيد.

والذي نقله ابن المنذر أنه قال: «اختلفوا في بيع الموضوع على يده الرهن عند محل الحق إذا كان وُكِّل ببيعه، ففي قول أبي ثور وأصحاب الرأي: له بيع ذلك، غير أن أبا ثورٍ قال: يكتب الراهن العُهدة على نفسه، وقال أصحاب الرأي: تكون العُهدة على العدل، وقال مالك: لا يبيع إلا بأمر السلطان، وقال الشافعي: يبيع ذلك بأمر الراهن والمرتهن فأيهما منعه

البيع، فليس له أن يبيع»[١]. انتهى. وليس في هذا ما يوافق نقل الجوري ولا يخالفه، وروى ابن أبي شيبة عن ابن سيرين: «لا يباع الرهن إلا عند سلطان»[٢]، قال الأصحاب: إنما يبيع الرهن الراهن أو وكيله بإذن المرتهن، فلو لم يأذن المرتهن وأراد الراهن بيعه، قال له القاضي: ائذن في بيعه وخذ حقك من ثمنه أو أبرئه، ولو طلب المرتهن بيعه وامتنع الراهن ولم يقض الدين؛ أجبره القاضي على قضائه أو البيع بنفسه أو بوكيله، فإن أصرَّ باعه الحاكم، وقد ذكرنا كلام الأصحاب في بيع الحاكم أو إجباره على البيع قبل هذا باثنتي عشرة ورقة في فرع. ولو كان الراهنُ غائبًا أثبت الحال عند الحاكم؛ ليبيعه، فإن لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم، فله بيعه بنفسه، كمن ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد، ولا بيِّنة قال الأصحاب: المرتهن يستحق بيع المرهون عند الحاجة، ويتقدم بثمنه على سائر الغرماء، واستحقاق بيع المرهون إذا كان ملكًا للراهن الذي عليه الدين لا خلاف فيه، وأما إذا كان مستعارًا، ففيه خلاف مذكور في موضعه، وإشكال عليه، يظهر بذلك الإشكال أنهما سواء في استحقاق البيع على المذهب، وليس المقصود من الرهن حَصْر الحق في الوفاء منه، حتى لا يجوز التوفية من غيره، وإنما المقصود التقديم به عند الضيق بالإفلاس وغيره، وقد تقدم عند الكلام في رهن المدبر كلامٌ في أنه هل تنحصر المطالبة في الرهن أو لا؟ والأقربُ أن المطالبة لا تنحصر، بل هي على ما كانت عليه قبل الرهن، وازداد استحقاق التوفية من الرهن بعينه مُضافًا إلى ما يستحقه من غيره على الإبهام ومزاحمة الغرماء، فإن وفَّى الرهن الدينَ

---

(١) الأوسط (١٠/ ٥٤٥).
(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٠٧٤).

من غيره فذاك، وإلا تعيَّن بيعُ الرهن والوفاء منه، فإن عَجَزَ وفَّى الباقي من غيره.

نعم، لو كان البيعُ يحتاج إلى مُدَّة وبيده نقدٌ يمكن الوفاء منه في الحال كان ينبغي أن يجب تعجيلًا بأداء الواجب، والمفهوم من كلام الأصحاب أنه لا يتعين بل يؤمر الراهن؛ إما بالبيع وإما بالوفاء، والوجهُ حمل هذا الإطلاق على ما إذا لم يكن في زمان الوفاء بغير البيع أقرب، أو لم يضيِّق المرتهن في ذلك، فإن كان أقرب وضيَّق المرتهن، فالوجه أن للحاكم إلزامه بذلك؛ لأن تأخير الحق الواجب على الفور لا يجوز.

فرع قد ذكرنا أن الراهن إذا طلب البيع يأمر الحاكم المرتهن [٢/١٢٦ب] بالإذن أو الإبراء، فإن لم يفعل ولم يذكر عُذرًا أَذِن الحاكم للراهن في البيع، وليس هذا الإذن توكيلًا، فإذا باعَ لم يتصرف في ثمنه.

قال الماوردي: «فإن سأل المرتهن حقه أمر الحاكم الراهن بدفعه، وإن لم يسأل أعلمه الحاكم أنه يطلق تصرف الراهن، وأذن للراهن في التصرف، فإن سأل الراهن أن يقبض المرتهن حقه أمره الحاكم بقبضه أو الإبراء، فإن امتنع قبضه الحاكم وتركه في بيت المال للمرتهن»[1].

فرع لو باع الراهن الرهن عند عجزه عن استئذان الحاكم والمرتهن، ففي جواز بيعه وجهان في «الحاوي»[2] مُخرَّجان على الوجهين في المرتهن.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٣٠).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١٣١).

فرع لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه بنفسه فباع في غيبة الراهن، **فوجهان؛ أحدهما** - وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد: يصح كما لو أذن لأجنبي أو له في بيع غيره، وأصحهما عند الرافعي والجمهور: لا يصح[١]، ونقله ابن أبي شيبة عن النخعي؛ لأنه يبيعه لغرض نفسه فيتهم في الاستعجال وترك النظر، ولأن البيع مستحق للمرتهن بعد حلول الحق والكلام مفروض فيه، وإذا كان كذلك صار كالبيع من نفسه، وإن باعه بحضوره **فوجهان؛ أصحهما**: عند الشيخ أبي حامد، وطائفة أنه لا يصح للعلَّة الثانية.

وعند الجمهور: أنه يصح لانتفاء العلَّة الأولى، وظاهر النصِّ الصحة في الحضور.

قال الماوردي: «التوكيل في بيع يختلف فيه قصد الوكيل، والموكل لا يصح»[٢]، وقاسه على التوكيل في بيع سلعة من نفسه أو شرائها من نفسه - يعني: وهو باطل في الأصح على أنه يمكن الفرق بأن البطلان هناك؛ لاقتضاء العقد تعدد اللفظ والعاقد، وإنما اغتفرناه في الأب والجدِّ على خلاف القياس، وأما هنا فليس إلا التهمة، وقد جوَّزوا للوكيل البيع من أبيه وابنه البالغ في الأصح، بل لو نصَّ له الموكل على ذلك لم يجر الخلاف، وهنا إذا نص له على البيع في غيبته، فقد رضي فلا وجه للمنع فالذي أختارهُ في هذه المسألة الجواز. ونص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ الذي استندَ إليه الأصحاب هو قوله في «المختصر»: «ولو شرط المرتهن إذا حل الحق أن يبيعه لم يجز أن يبيع لنفسه إلا بأن يحضره ربُّ الرهن، فإن امتنع أمر الحاكم ببيعه»[٣]. هذا

(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥٠٠).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١٢٩).
(٣) مختصر المزني (٨/ ١٩٥).

لفظه في «مختصر المزني»، وقال في «مختصر البويطي»: وإذا أمر الرجل المرتهن أن يبيع رهنه ويقبض، لم يجز من قبل أنه لا يجوز أن يكون وكيلًا لنفسه في بيع ولا قبضٍ، وإن باع فالبيع مردود، قال أبو يعقوب: يجوز بيعه على الراهن بأمره ولا يجوز اقتضاؤه من نفسه بأمره انتهى. وفي «الأم»: قال الشافعي: «وإذا ارتهن الرجل من الرجل العبد، وشرط عليه أن له إذا حل حقه أن يبيعه لم يجز له بيعه إلَّا بأن يحضره رب العبد أو يوكل معه، ولا يكون وكيلًا بالبيع لنفسه، فإن باع لنفسه، فالبيع مردود بكل حال»[1]. انتهى. فأما نصُّه في «المزني» و«الأم» فعنه **جوابان؛ أحدهما**: قاله الجوري؛ أن معناه إنما هو إذا اشترط المرتهن على أن يبيع الرهن، ويأخذ الثمن بعينه، فيكون الشرط باطلًا، ولا يجوز بيعه دون الراهن، فأما إذا شرط ذلك وأراد بالشرط أن له البيع إذا حلَّ الأجل مع تجويز عزله عنه، وإعطاء حقه من غير الثمن إن شاء الراهن جاز الشرط، وملك المرتهن البيع إذا حل الأجل، وإن لم يكن الراهن حاضرًا.

والجواب الثاني: أنه إنما قال: لم يجز أن يبيع لنفسه، وسنذكر أن هذه الصورة لا تجوز بالاتفاق، أما البيع للراهن فلم يمنعه، وعلى هذا الجواب قوله: «إلا بأن يحضره ربُّ الرهن» استثناء منقطع؛ أي: فيتولى ربّ الرهن البيع، وأما نصُّه في «البويطي»، وفي «الأم» فإن كان أوله مطلقًا، فآخره مُقيد كما في «المزني».

فإن قلنا: لا يصح البيع في الغيبة [٢/١٢٧] ولا في الحضور، لم يصح توكيله في بيعه أصلًا، ويتفرع عليه أنه لو شرط ذلك في ابتداء الرهن، فإن كان الرهن مشروطًا في بيع، فالبيع باطل، وإن كان رهن تبرع، فعلى القولين في

---

(١) الأم (٣/ ١٧٢).

الشروط الفاسدة النافعة للمرتهن أنها هل تبطل الرهن؟

وإن قلنا: يصح البيع في الغيبة والحضور أو الحضور فقط، فالتوكيل صحيح، ويصح شرطه وللراهن عزله، وقال أبو حنيفة: ليس له عزله إذا شرطه[1]، وقد تقدم ذلك في العدل، قال الشيخ أبو حامد: وهكذا الحكم في كل موضع باع الإنسان مال غيره في حق نفسه بتوليه كالرجل يجني عبدهُ على إنسان، فيقول للمجني عليه: وكلتك في بيعه في الجناية، أو الوصي إذا وكل الغرماء في بيع تركة الميت في حقوقهم، أو الحاكم إذا وكل غرماء المفلس في بيع ماله في حقوقهم، كل ذلك لا يصح، والعلة ما ذكرنا. انتهى. واحترز بقوله: في حق نفسه عما لو كان له عليه دين بغير رهن، فقال له: بع هذا، واقبض ثمنه في دينك، فإن التوكيل بالبيع يصح ويصح البيع، وكذا لو كان له عليه طعام من سَلَمٍ، فقال: اشتر بهذه الدراهم طعامًا وخذهُ. جاز فإنه ليس يتعين في حقه، واحترز بقوله: بتولية عن أحد الوجهين في مسألة الظفر؛ أنه يتولى بيعه بنفسه، فإنه لا يبيعه بتولية من الغير، وإنما هو يتولى بنفسه.

وإذا قلنا: الوكالة فاسدة. فالبيع فاسد، وليس هذا من المواضع التي تفسد الوكالة، ويبقى الإذن؛ لأن المنع منه لمعنى يرجع إلى نفس العوض، وهو أنه إذا باع لحقته التهمة في أنه نقص من الثمن بالاستعجال في البيع، والوكالة الفاسدة بالجُعل مثلًا ليس فسادها لفساد العوض، بل لمعنى يرجع إلى الجُعل الذي بذلهُ للوكيل فافترقا.

واعلم أن القول بأنه لا يجوز توكيل المرتهن في بيع الرهن، أو يجوز ولكن يبيع في حال الحضور دون الغيبة على أحد الوجهين، هو الذي ذكره

---

(١) انظر: التجريد للقدوري (٦/ ٢٨٢٥).

العراقيون وصاحب «التهذيب»[(١)] وينسبون القول المشهور بصحته في الحضور دون الغيبة إلى النص، وقد علمت أن النص إنما هو في الاشتراط في صورة خاصة، ثم زاد البغوي على العراقيين، فقال: «حيث قلنا: يصح إنما يصح إذا باع لمالكه، فإن باع لنفسه لا يصح؛ لأنه ليس بمالِكٍ لَهُ، ولا يجوز أن يبيع مال الغير لنفسه، ولو قال الراهن: بعهُ لنفسك لا يصح التوكيل، ولو قال له الراهن: بعه لي، واقبض الثمن لنفسك صح بيعه ولا يصح قبضه لنفسه، فإن قال: اقبضه لي. ثم اقبض مني لنفسك صح قبضه للراهن، وهل يصح قبضه منه لنفسه فيه وجهان؛ **أصحهما**: لا يصح»[(٢)] انتهى. والصورة الأولى هي التي أشرنا إلى حمل النص عليها، وتفريع الصورة الثانية على صحة البيع، أما حال الحضور على المشهور أو حال الغيبة على وجهٍ تفريع جيِّد، وأما القاضي حسين والإمام والغزالي فلم يذكروا امتناع التوكيل أصلًا، ولا امتناع البيع، ولكن القاضي الحسين لما ذكر النص قال: هاهنا خمس مسائل فذكرها في لفظ الراهن في الإذن، وجاء الإمام فصَنَع كذلك، ثم الغزالي، فقال: «للمرتهن استحقاق البيع، ولا يستقل به دون الراهن»[(٣)]. فذكر الرافعي هنا حكم التوكيل، وقال: «إنه على المذهب - يعني صحة البيع حال الحضور دون الغيبة في لفظ الراهن في الإذن تفصيل مذكور في الكتاب - يعني الوجيز - من بعد»[(٤)]، ثم قال الرافعي: «**واعلم** أن صاحب الكتاب - يعني الغزالي - قدَّر صحة البيع من المرتهن مفروغًا عنه متفقًا عليه، وتكلم في أنه لا يستقل به، وكذلك ساق

(١) التهذيب (٤/ ٦٣).
(٢) انظر المصدر السابق.
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠٦) بمعناه.
(٤) فتح العزيز (٤/ ٥٠١).

الإمام وأوَّل النص على شيء آخر سنذكرهُ»[1]، وذكر الغزالي ⌂ [٢/١٢٧-ب] بعد ذلك عند الكلام في انفكاك الرهن أربع مسائل من التي ذكرها القاضي حُسين والإمام.

وأنا إن شاء اللهُ أذكر تلك المسائل وأبسط القول فيها، ثم أعود إلى أصل الإذن والبيع وما يجب أن يكون مفرَّعًا على الخلاف وما لا يجب فأقول:

المسألة الأولى: من صيغ الإذن لو قال: بعه لي واستوف الثمن لي ثم استوفه لنفسك صح منه البيع والاستيفاء للراهن، ثم لا يحصل الاستيفاء لنفسه لمجرد إدامة اليد والإمساك؛ لأن قوله: «ثم استوفه لنفسك» مُشعرٌ بإحداث فعلٍ، فلا بدَّ من وزن جديد، أو كيل جديد، كما هو شأن القبض في المقدَّرات، ثم إذا استوفاه لنفسه بعد ذلك لكيل أو وزن ففي صحته **وجهان**؛ لاتحاد القابض والمقبض كما في نظائره في البيع، **والأصح**: المنع، وهو المنسوب في نظائره إلى النص.

واعلم أن اتحاد القابض والمقبض منه ما هو متفق على منعه، وهو توكيل المرتهن للراهن في أن يقبض له الرهن؛ لأن الشخص لا يكون قابضًا لغيره من نفسه بطريق النيابة، ومنه ما هو متفق على جوازه كما إذا اشترى الغاصب أو المودَع ما في يده؛ لأنه قابض لنفسه من نفسه شيئًا مُعينًا لا يحتاج إلى إقباض، ومنه ما هو مختلف فيه، وهو أن يكون مُقبضًا لنفسه عن غيره كما نحن فيه، فإن صححنا برئت ذمة الراهن من الدين والمستوفى من ضمان، وإن أبطلنا لم يبرأ الراهن ويدخل المستوفَى في ضمانه؛ لأن القبض الفاسد كالصحيح في اقتضاء الضمان، وإنما يدخل في ضمانه بعد قبضه لنفسه، أما قبله فهو في يده أمانة بلا خلاف، وكذا لو نوى إمساكه لنفسه من

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠١).

غير إحداث فعل، فالأمانة مُستمرة صرَّح به الإمام[١] والغزالي في «البسيط» وغيرهما[٢]، ولو قبضه لنفسه بفعل من غير كيل أو وزن دخل في ضمانه؛ لأنه قبض فاسد، فله في الضمان حكم الصحيح، ولو كانت الصِّيغة ثم أمسكه لنفسك، فلا بدَّ من إحداث فعلٍ على الأصح، والثاني يكفي مجرد الإمساك، حكاهما الإمام[٣] ورجح أولهما.

واعلم أن القول بصحة البيع في هذه المسألة يتعين أن يكون مُفرعًا على صحة التوكيل، وعلى صحة البيع، إما في حالة الحضور على الصحيح، وإما في حال الغيبة على أحد الوجهين، والقاضي حسين، والإمام، والغزالي ذكروه غير مُفرَّع، وذلك يدل على أنهم قائلون بصحة التوكيل والبيع، إما مطلقًا وهو الأقرب، وإما حالة الحضور، والبغوي لما ذكر ما قاله العراقيون، وعرف ما قاله القاضي حسين مُطلقًا احتاج أن يُفرِّعه عليه.

المسألة الثانية: لو قال: بعهُ لي واستوف الثمن لنفسك أطلقوا صحة البيع، ويتعين أن يكون مفرعًا كما صنع صاحب «التهذيب»[٤]، وأما استيفاء الثمن لنفسه؛ فلا يصح؛ لأنه ما لم يصح قبض الراهن لا يتصور منه القبض لنفسه.

قال الرافعي: «وهنا بمجرد قبضه يصير مضمونًا عليه»[٥]، وهكذا قاله القاضي حسين، وأما البغوي فلم يتعرض له هنا، وذكره في نظيره في باب بيع الطعام، قبل أن يستوفى فيما إذا دفع المُسلم إليه دراهم إلى المُسلم،

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٧٦).
(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٨٩).
(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٧٦).
(٤) التهذيب (٤/ ٦٣).
(٥) فتح العزيز (٤/ ٥٢٧).

وقال: «اشتر لي بها طعامًا، ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء، ولا يصح قبضه لنفسه، فإذا قبض لنفسه، قال البغوي: دخل في ضمانه»[1] وهو كما ذكره الرافعي هنا، لكنهما قالا: أصح الوجهين أن الدافع يبرأ وتصحيحهما لذلك هو الحق كما ذكرناهُ في «شرح المنهاج»، ومع القول بعدم البراءة لا شك في أنه مضمون للدافع، وأما مع القول بالبراءة، ففي الحكم بضمانه على القابض، وهو قد قبضه لموكله، وصححنا قبضه بحكم براءة الدافع إشكال، وينبغي أن يكون أمينًا كسائر الوكلاء؛ لأنا على هذا الوجه صححنا القبض ⇑ [٢/١٢٨] بالإذن، فكيف يضمن إلا أن يُقَال: إن الضمان لكونه قبض لغرض نفسه، والبراءة بكون مطلق القبض مأذونًا فيه ضمنًا، فلو قبض لموكله صح ولا ضمان عليه، لكنه قبض لنفسه، فترتب على كلٍّ مقتضاه، ولا تنافي في ذلك أن يبرأ لمطلق القبض ويضمن القابض بخصوص القبض.

المسألة الثالثة: لو قال: بعه لنفسك. **فقولان** على ما ذكره الرافعي[2] **أصحهما وهو المشهور**: أن هذا الإذن باطل، ولا يتمكن من البيع؛ لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه، ولو قال: اشتر بثوبي هذا لنفسك حمارًا، لم يصح أن يشتري لنفسه بذلك الثوب، وهو على ملك مالكه، بل إذا صححناه يكون الثوب هبةً أو قرضًا على خلاف فيه، فالتوكيل ببيع مال الغير ليقع العقد للوكيل باطل، ولا يقع العقد كذلك اتفاقًا.

والقول الثاني حكاه صاحب «التقريب»: أنه يلغو قوله: لنفسك[3]، ويكتفي بقوله: بعه فيصح، أو يقول بأن معنى بعه لنفسك؛ بعه لأجل نفسك؛ لتستوفي دينك من ثمنه، فيصح التوكيل، كما لو قال: بعهُ لي.

---

(١) التهذيب (٣/ ٤١٥).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٢٧).

(٣) انظر المصدر السابق.

وهذا القول وإن كان له بعض اتجاهٍ، فلا تفريع عليه.

فإن قلنا: بما حكاه صاحب «التقريب» لمحله أيضًا، حيثُ نقول بصحة التوكيل والبيع إما في الحضور، وإما في الغيبة على الخلاف فيه، أما إذا أبطلناهُ، فهنا أولى.

وإن قلنا بالمشهور: فسواء أصححنا توكيل المرتهن أم أبطلناه وهو هنا باطل لفساد الصيغة.

المسألة الرابعة: لو أطلق وقال: بعهُ ولم يقل: لي ولا لنفسك، **فوجهان**، والتفريع على غير قول صاحب «التقريب»، **أصحهما**: صحة الإذن والبيع ووقوعه للراهن، كما لو قال لأجنبي: بعه.

والثاني: المنع، قال الرافعي: «وعللوه **بمعنيين؛ أحدهما**: أن البيع مستحق للمرتهن بعد حلول الحق والكلام مفروض فيه، وإذا كان كذلك تقيد الإذن به، وصار كأنه قال: بعهُ لنفسك.

والثاني: لا؛ لأنه متهم في ترك النظر؛ استعجالًا للوصول إلى الدين»[1]، هكذا قال الرافعي، وأنت تعلم أنه لا بد أن تكون هذه المسألة مُفرَّعة على صحة توكيل المرتهن وبيعه، إما في حضور الراهن على الأصح، وإما في غيبته على أحد الوجهين، ومع ذلك لا يحسن التعليل بالتهمة؛ لأنا على الوجه المذكور في الغيبة الذي عليه التفريع نُلغي معنى التهمة، ولا ننظر إليه، وأما في حال الحضور، فالتهمة منتفية فالتعليل هُنا بالتهمة تعليل بأمرٍ مَعدوم أو مُلغى، وإنما التعليل الصحيح إلحاقه بما لو قال: بعه لنفسك، والرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أخذ هذين المعنيين من الإمام، فإنه نقل التعليل بهما عن الأصحاب[2]، ولكن الإمام ذكر المسائل من رأسٍ ليست

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٢٧).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٧٧).

مفرعة على شيء؛ فلذلك حسن منه التعليل هنا بالتهمة، فمتى ذُكرت المسألة مطلقة حَسُن التخريج على المعنيين، ومتى أخذت مفرعة على القول بالصحة لم يحسن، والرافعي أيضًا لم يصرح في هذه المسألة الخاصة بالتفريع، وإن كان مساق كلامه يقتضيه. ثم قال الرافعي: «وعلى العلتين لو كان الدين مؤجلًا، فقال: بعهُ صح الإذن لعدم الاستحقاق والتهمة، فإن قال مع ذلك: استوف حقك من ثمنه جاءت التهمة»[١] يعني: فيتخرج على المعنيين، وكذا ذكره الإمام[٢] إن عللنا بالتهمة امتنع، وإن عللنا بالاستحقاق لم يمتنع، ولك أن تقول: إذا لم يكن الاستحقاق موجودًا يجب القطع بالجواز كغير المرتهن؛ لأن هذا إذا لم يكن مُستحقًّا للوفاء الآن، فالثمن لا يكون رهنًا لهُ، فهو كغير المرتهن، لا حق له في الثمن، اللهم إلَّا أن نجعل استوف حقك منه بمنزلة شرط رهن الثمن، ونفرع على صحة ذلك الشرط إذا صَدَرَ من المرتهن للراهن وصدوره من الراهن للمرتهن مثلهُ ⇑ [٢/١٢٨ب] إلا في فساد البيع، فإنا إنما أفسدناهُ إذا صدر البيع من الراهن؛ لأن إذن المرتهن في مقابلة الرهن ففسد، وهذا المعنى مفقود في إذن الراهن، فإنه ليس في مقابلة الرهن، فيكون الإذن والبيع صحيحين، ويقتصر الخلاف على صحة الشرط، فإن صححناهُ جاءت التهمة، واحتمل أن يقال: إنه يجيء الاستحقاق أيضًا، وإن أبطلناه لم يبق للتهمة محلٌّ، وذكر الرافعي للمؤجل هُنا موهم أنه مُفرّع على صحة التوكيل، وليس كذلك، بل هو عام، وإن أبطلنا توكيل المرتهن، فكان ينبغي ذكره من رأس في أصل المسألة، وعذر الإمام في ذكره ما قدمناهُ من أنه ذكر المسائل كلها من رأس، ثم قال الرافعي: «ولو قدر الثمن لم يصح على التعليل الأول، وصحَّ

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٢٧).
(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٧٨).

على الثاني»[١]، وهذا أيضًا يوهم اختصاصه بالتفريع على الصحة وليس كذلك، وإنما هو في أصل المسألة.

واعلم أن الرافعي في أصل المسألة ما علل إلَّا بالتهمة، ويجب أن يعلل بالمعنيين كما عللنا به نحن، وكما علل به الإمام، ثم يخرج المسائل عليهما، فإذا قدّر الثمن إن قلنا بمعنى الاستحقاق فالمنع مستمر، وإن عللنا بالتهمة، فقالوا: إنه يصح وينبغي أن يكون محلّه إذا منعه من الزيادة؛ لأنه إذا لم يمنعه ووجد زائدًا لا يجوز تركه، وإن قدر إلا أن يكون المشتري مُعينًا، ثم قال الرافعي: «وكذا لو كان الراهن حاضرًا عند البيع»[٢] يعني يتخرج على المعنيين، إن عللنا بالاستحقاق لم يجز، وإن عللنا بالتهمة فالتهمة زائلة، فيجوز، وهذا يجبُ أن يذكره في أصل المسألة وأما ذكرهُ على المعنيين هنا، وهو إنما ذكرهما تفريعًا على قول صحة التوكيل والبيع، وهو مختص بحالة الحضور عنده أو في الغيبة أيضًا على وجهٍ ضعيف عنده لا ينظر إلى التهمة، فتخرج حالة الحضور هنا، والتعليل فيها بالمعنيين لا يحسن؛ قال الإمام: «ومن قال بالمنع» - يعني: في حالة الحضور والغيبة مُطلقًا من أصل المسألة ومنع التوكيل كما قدمناه عن الشيخ أبي حامد أوَّل قوله في «المختصر» وقال: «معناهُ: إلَّا أن حضر الراهن فيبيعه»[٣]، وهذا قد قدمناه، وقد رأيتُ النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «روضة الطالبين» بعد ذكر هذه المسائل قال: قلتُ: هذه الصُّور كلها مفروضة فيما إذا باع المرتهن بحضوره أو في غيبته إذا قلنا بالوجه الضعيف أنه يصح في غيبته، ثم خط على ذلك ونِعمَّا فعل؛ لما بيَّنا أنها ليست كلها مفروضة في ذلك، بل بعضها يتعين ذلك فيه

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٢٧ - ٥٢٨).
(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٢٨).
(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٧٩) بمعناه.

وبعضها يتعين فيه الإطلاق، ولذلك إن البغوي رَحِمَهُ اللَّهُ حيث فرَّع لم يذكر إلا تلك الصور التي نقلناها من كلامه، ولا يرد عليه فيها شيء.

المسألة الخامسة: ذكرها القاضي حسين أن يقول: بعهُ من نفسك، فلا يصح، وهذا واضح على أن فيه خلافًا مَحلّهُ كتاب الوكالة، وبعضهم أوَّل كلام الشافعي على هذا، فقال: «معناه لم يجز أن يبيعه من نفسه»[١]، وهو تأويل بعيد، وما نختم به الكلام في هذا الفرع أن الإمام قال: «بنى بعض أصحابنا الوجهين في الصحة والفساد حيث تتطرق التهمة على الوجهين إذا وَكَّل وكيلًا ببيع ماله، فباع من أبيه أو ابنه»[٢]. انتهى.

وهذا يقتضي جريان الوجهين فيما إذا قال: بعهُ لي فباعه، وهو غائب، وأنه لا يُجزم بالصحة فيها، وإن قول القاضي حسين ومن تبعه بالصحة فيها، إنما هو على القول بأنه يجوز بيع الوكيل من أبيه وابنه البالغ وهو الأصح، هذا إن صح البناء المذكور، ولهم أن يُنازعوا فيه ويقولوا: إنه لو نصَّ على البيع منهما صح، وإن تطرقت التهمة لرضاه بها فكذلك هنا، وإنما المنع من البيع لهما عند الإطلاق لاقتضاء العُرف حمل المطلق من الإذن [٢/١٢٩] ⇑ على غيرهما ولا كذلك هُنا وهذا هو المختار، فاللائق لمن يراعي التهمة أن يصحح؛ غيبةً وحضورًا، ولمن يراعي الاستحقاق أن يمنع؛ غيبةً وحضورًا.



---

(١) انظر: نهاية المطلب (٦/ ١٧٩).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٨٠) بمعناه.

فرع تقدم أن اليمين في يد العدل من ضمان الراهن، وقال أبو حنيفة: إن كان الراهن باعه، فمن ضمانه، وإن باعه العدل أو الحاكم فمن ضمان المرتهن كالعبد الجاني يمينه[١] من ضمان المجني عليه، قال أصحابنا عن الجاني من ضمان السيد: وإنما بطل حق المجني عليه بتلف الثمن، وإن كان من ضمان غيره كما بطل حقه بتلف العبد الجاني، وإن كان على ملك غيره، وسبق أيضًا أن الرهن إذا خرج مستحقًّا، فالرجوع على الراهن. وقال أبو حنيفة: على المرتهن بناء على أصله، قال أصحابنا: فإن كان الراهن موسرًا، فالمشتري وجميع الغرماء سواء، وإن كان معسرًا لصق ماله عن الثمن والديون، وهو محجور عليه بالفلس، فالذي نقله المزني أن المشتري يتقدم بدفع الثمن ثم يدفع ما بقي للغرماء، ونقل الربيع وحرملة أن المشتري أسوة الغرماء يتحاصون، فمن الأصحاب من قال: المسألة على قولين[٢]، وهذه الطريقة هي الأصح؛ **أحدهما**: تقديم المشتري؛ لأنه لم يدخل في العقد؛ راضيًا بذمته، ولأنا لو لم نقدمه لأدى إلى الامتناع من ابتياع مال المفلس؛ خوفًا من استحقاق المبيع وتأخير يمينه، فوجب تقديمه كما وجب تقديم المنادي بأجرته، والدلال بجعالته.

والثاني: وهو الأصح في «البحر» وغيره أنه أسوتهم وإن لم يرض بذمته، كما لو جنى المفلس على مال تعلق الغرم بذمته، وكان صاحب المال أسوة الغرماء، ومنهم من حمل اختلاف النصين على اختلاف حالين فحمل منقول المزني على ما إذا لم يفك الحجر عن المفلس، ومنقول الربيع، وحرملة على ما إذا فك ثم استحق المبيع، فصار الثمن مع باقي الديون في ذمته، ثم

---

(١) رسمت هكذا في المخطوطة: «بمنه»، والمثبت أقرب للصواب.
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ١٤١).

أصاب مالًا فحجر عليه، فإن المشتري أسوأ الغرماء، واقتصر الجرجاني على طريقة القولين، وقال: الأصح أنه أسوتهم، وأما المرتهن فهو أسوة الغرماء لفساد الرهن.

فرع لو أذن الراهن في بيعه بالدين، وأذن المرتهن في بيعه بالنقد، فليس للعدل بيعه بالدين؛ لأن المرتهن لم يأذن فيه، وأما بالنقد، فقال الماوردي: «إن باعه بمثل ما يساوي بالدين جاز، وبدونه لا يحق؛ لأن الراهن المالك لم يأذن به فيجري على هذا الإذن حكم النقد في التعجيل، وحكم الدين في التوفية، ولو أذن الراهن في بيعه بالنقد وأذن المرتهن في بيعه بالدين، فللعدل أن يبيعه بالنقد الذي أذن فيه المالك ولا يبيعه بالدين لأن حق المرتهن في البيع والتعجيل وليس له حق في التأخير فقبل إذنه في البيع؛ لأنه حق له، ولم يقبل إذنه في التأخير؛ لأنه حق عليه بخلاف الراهن»[١].

فرع إذا أذنًا في بيعه بعد شهر، فباعه قبله بطل البيع، وإن أذنا في بيعه بالكوفة، فباعه بالبصرة صح إذا كان الثمنان واحدًا، وكان ليمينه ضامنًا بالنقد، قاله الماوردي[٢] والجرجاني، وذكر الرافعي أيضًا في الوكيل إذا نقله من ذلك البلد يصير ضامنًا بنقله[٣]، ولكون الثمن مضمونًا عليه في يده، ونص الشافعي في «الأم»[٤] يشهد له فإنه قال في باب بيع الرهن: «ولو

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٤٨).
(٢) انظر المصدر السابق.
(٣) فتح العزيز (٥/ ٢٣٨).
(٤) (٣/ ١٧٤).

بعَث بالرهن إلى بلدٍ فبيع فيه واستوفى الثمن كان البيع جائزًا، وكان ضامنًا إن هلك ثمنه، وإنما أجزت البيع؛ لأنه لم يتعد في البيع إنما تعدى في إخراج المبيع، فكان كمن باع عبدًا فأخرجه ثمنه، فيجوز البيع بإذن سيده، ويضمن ثمنه بإخراجه بلا أمر سيده». انتهى.

ولك أن تقول: سبق أنه إذا باع بما لا يُتغابن به واسترجَعَ العين، وقد حكمنا بضمانها فباعها، وقبض الثمن يكون في يده أمانة؛ ⇑ {٦/١٢٩ب} لأنه لم يتعدَّ فيه جزم به الرافعي في هذا الباب[1]، وفي باب الوكالة[2] وعلى قياسه هنا ينبغي ألا يكون ضامنًا لثمنه، وإن ضمن الأصل بنقله من الكوفة إلى البصرة إلا أن يُفرق بأنه بنقله المبيع وأخذ ثمنه في البلد الأخرى كأنه نقل الثمن، كما يُشير إليه كلام الشافعي، فلذلك ضمن الثمن؛ لتعديه فيه، وفي تلك المسألة لم يتعَدَّ في الثمن، بل حَصَّله على وفق مُراد الموكل، والتعدي مقصورٌ على العين، وقد زالت، فإن صح هذا الفرق، فينبغي أن نفصِّل في المسألة السابقة بين أن يُرجع العين ويبيعها في تلك البلد أو بلدٍ أخرى.

فرع إذا ادعى العدل قبض الثمن من المشتري وأنكره الراهن، فالقول قول الراهن على أصح الوجهين؛ لأن العدل يدَّعي ما يُبرئ المشتري من الضمان، بخلاف ما لو ادعى دفعه إلى الراهن حيث قبل منه قول العدل؛ لأنه ادعى ما يُبرئ نفسه من الضمان، قاله الجرجاني وفي الرافعي في الوكالة ما يوافقه[3] إذا كان الاختلاف قبل تسليم المبيع أو بعده، ولكن كان أذن له في التسليم قبل قبض الثمن، فإن كان بعد تسليمه

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٠).
(٢) فتح العزيز (٥/ ٢٤٩).
(٣) انظر المصدر السابق.

ولم يؤذن له فيه، فإن الأصح عنده أن القول قول الوكيل، فأما أن يحمل كلام الجرجاني على هذا التفصيل، وإما أن نُقدِّر بينهما اختلاف في التصحيح، والأرجح ما صححه الرافعي؛ لئلا يلزم خيانة الوكيل، وقد ائتمنه لكن إذا صدقنا الوكيل فحلف. قال البغوي: لا يبرأ المشتري على الأصح، وقال الإمام: يبرأ على الأصح، فلعل الجرجاني يريد بالنسبة إلى البراءة، فيكون موافقًا للبغوي، وحكى الروياني الخلاف عن ابن سريج مطلقًا كما حكاه الجرجاني، لكن من غير تصحيح، وعبَّر عنه بقولين، وابن سريج قد يطلق الوجهين قولين، وإذا حلَّفنا الموكل حلَّفناه على نفي العلم، وإذا حلفنا الوكيل حلَّفناه على البت.

فرع إذا كان العدل وكيلًا في بيع الرهن، فأتلف أجنبي الرهن، فأخذنا قيمته وضعناها عند العدل، فليس له بيعها إلا بإذن جديد، وفرقوا بين الحفظ حيث استفاده باستحفاظ الأصل وبين البيع حيثُ لم يستفدهُ بالإذن في الأصل بأن باب الحفظ أوسع من باب الوكالة في البيع، ألا ترى أنه يُجعل أمينًا في حفظ الأصل ووكيلًا في بيعه، فيحصل نتاج فيكون وكيلًا في حفظه، ولا يكون وكيلًا في بيعه؟

فرع اقترض مُسلِمٌ من ذمي قرضًا ورهنه به خمرًا، وشرط أن تكون في يدي ذمي يبيعها لم يجز؛ لأنه لا يجوز بيع الخمر على مُسلم، وهكذا إذا اقترض ذمي من ذمي قرضًا ورهنه خمرًا، وشرطا أن تكون في يد مسلمٍ، ويكون وكيلًا في بيعها لم يجز؛ لأن المسلم لا يجوز أن يتولى بيع الخمر لأحدٍ، وإن اقترض ذمي من مسلم قرضًا ورهنه به خمرًا، وشرطا أن تكون في يد ذمي ويكون وكيلًا في بيعها فباعها وأتاه بالثمن، **فوجهان**

ذكرهما أبو العباس؛ **أحدهما**: لا يُجبر على أخذه؛ لأن ثمن الخمر حرام.

والثاني: يُجبر لأن أهل الذمة إذا تبايعوا خمرًا وتقايضوا، فعلينا أن نقرَّهم على ذلك، وإذا أقررناهم عليه كان مالًا من أموالهم، ولزم هذا أن يأخذه كسائر أمواله، ذكر هذا النوع سُليم في «تقريبه» وغيره، وصحح الروياني[1] وغيره أنه لا يُجبر، وعلى القول بالإجبار يقال له: إما أن تقبض وإما أن تبرئ.

فرع عن ابن سريج باع العدل وقبض الثمن وسلَّمه إلى الراهن فسلَّمه الراهن للمرتهن ثم أصاب المشتري عيبًا، فله الردُّ على الراهن والرجوع عليه بالثمن ولا [٢/١٣٠] يرجِعُ على المرتهن؛ لأن قبضه صحيح مُستقرٌّ ويفارق هذا إذا استُحق للمشتري مطالبة المرتهن؛ لأنه قبض الثمن، ولم يكن مستحقًّا له، وأما العدل فإن صرَّح بالسفارة، فلا رجوع عليه، وإلَّا رجع عليه هكذا قال، وقد أطلق الأصحاب في باب الرد بالعيب أنه يردُّ عليه ويجب بناؤه على العُهدة، وحيثُ رجَعَ على العدل، وقد ثبت قدم العيب ببينة أو بإقرار الراهن، والعدل رجع العدل على الراهن، وإن أنكر أو نكل العدل، فحلف المشتري وغرم العدل، فلا يرجع على الراهن؛ لأنه مظلوم بزعمه، وإن صدق العدلُ المشتري ولم يصدقه الراهن، قال القاضي الطبري: الذي عندي أن القول قول العدل؛ لأنه أمينه فيقبل قوله عليه، قال الروياني: «وكلام أصحابنا يدل على أنه لا يقبل قوله عليه»[2].

***

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٧١).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٦٦).


للعدل عزل نفسه متى شاء؛ لأنه متبرع، وإن كان مستأجرًا، فليس له الرد حتى تنقضي المدة.


حيثُ جاز الرد، فلا نخرجه من الحرز إلا بإذنهما، فإن امتنعا فالحاكم.


لو قال: بِعْتُ وسلمت وكذَّباه، فهذه المسألة مشهورة بالقولين، ومحلها باب الوكالة.


لو جعلاه على يد مُعاهدٍ صح، فإذا أراد الخروج إلى دار الحرب، فلكل منهما انتزاعه. قاله الروياني[1].


لو سافر العدل بالعبد المرهون ضمن فلو عاد لم يزل الضمان ولكلٍّ منهما انتزاعهُ.


حيثُ قلنا: لكل منهما انتزاعه، فالمرادُ المطالبة، وليس له التسليم إلى أحدهما إلا برضا الآخر، فإن اتفقا وإلا فالحاكم يسلِّمه لمن شاء.


قال الشافعي في «الأم»: «وإن سأل الموضوع على يديه الرهنُ البائعَ أجرَ مثله لم يكن له؛ لأنه كان متطوعًا بذلك، كان ممن

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٧١).

يتطوع مثله أو لا يتطوع، ولا يكون له أجرٌ إلا بشرطٍ، وليس للحاكم إن كان يجدُ عدلًا يبيع إذا أمره متطوعًا أن يجعلَ لغيره أجرًا، وإن كان عدلًا في بيعه، ويدعو الراهن والمرتهن [بعدل وأيهما جاءه][1] بعدل يتطوع ببيع الرهن أمره ببيعه وطرح المؤونة، وإن لم يجده استأجر على الراهن من يبيعه، وجعل أجره في ثمن الرهن؛ لأنه من صلاح الرهن، إلا أن يتطوع به الراهن أو المرتهن. وإذا تعدى البائع فحبس الثمن بعد قبضه إياهُ، أو باعهُ بدين، فهرب المشتري، أو ما أشبه هذا ضمن قيمة الرهن، قال أبو يعقوب وأبو محمد: عليه في حبس الثمن مثله وعليه في بيعه قيمته»[2]. انتهى. وهذا الذي قاله البويطي والربيع هو القياس، والذي قاله الشافعي مشكل لم أر أحدًا تعرض له.

فرع نقل ابن المنذر عن أبي ثور: «أن العدل لا يبيع الرهن إلا بما عليه دنانير كانت أو دراهم إذا أمكنه ذلك، وإن كان الذي عليه طعامًا فليس له أن يبيع بذهب ولا فضة إذا أصابَ طعامًا يُشترى به، وله أن يبيع بذهبٍ أو فضة ثم يشتري به طعامًا»[3]، ولا يجوز البيع بطعام في قول الشافعي. وقال أصحاب الرأي: «إذا باع بدنانير أو غيرها من العروض والحق دراهم، فله أن يصرفها بدراهم إذا كان قد سلط على بيعه في قول النعمان، ولا يجوز أن يبيع بعرضٍ في قول يعقوب، ومحمد، وفي قول النعمان، ويعقوب، ومحمد: إذا باع بنسيئة جاز، ولا يجوز ذلك في قول

(١) في المخطوطة: «بعدل أو أيهما قال له»، والصواب ما أثبتناه.
(٢) الأم (٣/ ١٧٣).
(٣) الأوسط (١٠/ ٥٤٧).

الشافعي، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي: إذا ارتد العدل، ثم باع، فالبيع جائز»[١]. هذا كلام ابن المنذر وما ذكره عن صحة بيعه إذا ارتد هو قياس مذهب الشافعي أيضًا، إذا كان من جهتهما؛ لأنه لا ينعزل بالردة.



(١) الأوسط (١٠/٥٤٧).

باب ما يَدْخُلُ في الرهن [٢/١٣٠ب] وما لا يَدخل وما يَمْلِكهُ الراهن وما لا يَملكه

أي: ما يدخل في عقد الرهن وما لا يدخل، وما يملكه الراهن من التصرفات وما لا يملكه، وتوابع ذلك من نفقة المرهون وجنايته والجناية عليه وتلفه الشرعي والحسِّي.



قال:

ما يحدث من عين الرهن من النماء المتميز؛ كالشجر، والثمر، واللبن، والولد، والصوف، والشعر، لا يدخل في الرهن؛ لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: «لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ». والنماء من الغنم يوجب أن يكون له، وعن ابن عُمر[(١)]، وأبي هريرة[(٢)] مرفوعًا: «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ»، ومعلوم أنه لم يُرد أنه مركوب ومحلوب للمرتهن، فدل على أنه محلوب ومركوب للراهن؛ ولأنه عقدٌ لا يزيل الملك فلم يسر إلى النماء المتميز كالإجارة.



الحديث الأول: رواه الشافعي[(٣)]، وابن ماجه[(٤)]، والدارقطني، وقال: هذا إسناد حسن متصل[(٥)]، والحاكم وقال: هذا حديث صحيح[(٦)]، ولفظ الشافعي في «الأم»: «أخبرنا ابن أبي فُديك، عن أبي ذئب، عن ابن شهاب عن ابن المسيّب أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**». قال الشافعي: أخبرنا الثقة عن يحيى بن أبي أنيسة، عن ابن شهاب، عن ابن المسيب، عن أبي هُريرةَ رضي الله عنه عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناهُ لا يُخالفه. قال الشافعي: وبهذا نأخذ»[(٧)]. انتهى.

---

(١) سنن الدارقطني (٣٠٧٢).

(٢) معجم ابن الأعرابي (٨٨٦).

(٣) المسند (ص١٤٨) بمعناه.

(٤) السنن (٢٤٤١) مختصرًا.

(٥) السنن (٢٩٢٠) بمعناه.

(٦) المستدرك (٢٣١٥).

(٧) الأم (٣/ ١٧٠).

وكذلك هو في «المسند»، فأما السند الأوَّل، فرجاله ثقات كبار، لكنه مرسل، وابن أبي ذئب جليل غير أن روايته عن الزهري خاصة فيها كلام ليس بالضار؛ لأنهم يقولون: إنها عرض أو مناولة[١]، وسند الثاني متصل، لكن يحيى بن أبي أنيسة ضعيف لا تقوم به حجة، وقد علم من مذهب الشافعي في مراسيل سعيد، أنها إذا اعتضدت يحتج بها[٢]، وربما قيل ذلك في مطلق المراسيل كما يطلقه الأصوليون، إلَّا أن عبارة الشافعي[٣] لا تقتضيه إلَّا في كبار التابعين كسعيد وأضرابه.

ومن جملة الأشياء التي يعتضد بها، أن يكون روي من طريق آخر، ولكن ذلك يظهر إذا كان من جهة أخرى، أو بطريق صحيحة مرسلة، وأما هنا فطريق المسند ضعيفة، وربما يتوهم أن ابن أبي أنيسة وهم في رفعه؛ لأنه مِمَّن يوصف بالوهم[٤]. والزهري عن ابن المسيب، عن أبي هريرة جادّة، فيسبق اللسان إليها لكن على الجملة يحصل [ظن ضعيف][٥] يزيد به المرسل قوة، فيحتمل أن الشافعي يراعي ذلك ويحتج به، وكنت قبل هذا أعتقد أنه لا عبرة بمتابعة الطريق الضعيفة من تلك الجهة، والآن قد دل كلام الشافعي على اعتبارها، وابن ماجه رواه عن محمد بن حميد، عن إبراهيم المختار، عن إسحاق بن راشد، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»**[٦]. وإبراهيم المختار

---

(١) تاريخ ابن معين، رواية ابن محرز (١/ ١٢٦).
(٢) انظر: شرح علل الترمذي (١/ ٥٤٠).
(٣) الرسالة للشافعي (١/ ٤٦١ - ٤٦٢) بمعناه.
(٤) انظر: الضعفاء الكبير للعقيلي (٢/ ٧٤).
(٥) ما بين المعقوفتين في المخطوطة: «ظنًّا ضعيفًا». والصواب ما أثبتناه.
(٦) السنن (٢٤٤١).

قال: أبو حاتم صالح الحديث[(١)]. وقال أبو داود: لا بأس به[(٢)]. وقال ابن معين: ليس بذاك[(٣)] وبعده إسناده ثقات، والدارقطني رَحِمَهُ اللهُ رواه من طرق، إحداها: وهي المعتمد عليها، قال: حدثنا أبو محمد بن صاعد قال: حدثنا عبد الله بن عمران العابدي قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن زياد بن سعد، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ؛ لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**». وقال الدارقطني: «زياد بن سعد أحد الحفاظ الثقات، وهذا إسناد حسن متصل»[(٤)]. انتهى. وهو كما قال، فإن رجاله من شيخه إلى أبي هريرة مشهورون، وعبد الله بن عمر بن العابدي - بالباء الموحدة - صدوق، روى عنه الترمذي[(٥)]، وأبو حاتم، والباقون أثبات أئمة، وهذه الطريق أحسن من طريق ابن أبي ذئب؛ لأن سفيان بن عيينة أحد الأثبات في الزهري بخلاف ابن أبي ذئب وقد روي هنا بواسطة عن الزهري، والواسطة زياد بن سعد هو حافظ، متفق عليه[(٦)]، وكان عالمًا بمذهب الزهري، فلم يبق في القلب ريبة من رفع هذا الحديث ووصله، ويحمل رواية[(٧)] [٢/١٣١] ⇑ الشافعي التي رواها مُرسلة على أن سعيد بن المسيب مرَّةً نشط فوصله ومرةً أرسله، وقد يفعل العالِمُ ذلك في بعض الأوقات

---

(١) الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٢/ ١٣٨).

(٢) انظر: ميزان الاعتدال (١/ ٦٥).

(٣) انظر: تاريخ بغداد (٦/ ١٧٣).

(٤) السنن (٢٩٢٠).

(٥) السنن (١٩١٨).

(٦) روى له البخاري (١٥٩١)، ومسلم (٧٤٣).

(٧) في هامش المخطوطة: «حاشية: قلت: فيه عنعنه ابن عيينة عن زياد بن سعد، وقد قالوا: إن المدلس إذا قال: «عن»، ولم يصرح بالسماع لا يحتج به، وما في «الصحيحين» من عنعنته محمول على السماع. فتأمل هذا».

لقصد استدلال ونحوه، فإذا أراد الرواية بيَّن السَّند. ورواه الدارقطني[١] أيضًا من طريق إسماعيل بن عياش، عن ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن ابن المسيّب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ لِصَاحِبِهِ، [لَهُ]**[٢] **غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**. وإسماعيل بن عياش في غير حديث الشاميين ليس بذاك، ورواه أيضًا من طريق [إسماعيل بن عياش أيضًا عن الزبيدي، عن الزهري، عن ابن المسيب، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْن؛ لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**. ومن طريق][٣] سليمان ابن داود الرَّقِّيُّ، عن الزهري، عن سعيد بن المسيّب، عن أبي هريرة عن النبي ﷺ: قال: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ حَتَّى يَكُونَ**[٤] **لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْكَ غُرْمُهُ**[٥]**»**[٦] ومن طريق محمد بن يزيد بن الرواس، قال: حدثنا كدير أبو يحيى، قال: حدثنا معمر، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: **«لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ، لَكَ غُنْمُهُ، وَعَلَيْكَ غُرْمُهُ»**. أرسله عبد الرزاق وغيره عن معمر[٧]، عن الزهري، عن ابن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْن؛ لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**[٨].

ورواه أيضًا من طريق بشر بن يحيى المروزي قال: حدثنا أبو عصمة، عن محمد بن عمرو بن علقمة، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة قال: قال

---

(١) السنن (٢٩٢١).
(٢) ما بين المعقوفتين ساقطٌ من المخطوطة. وهي زيادة لا بد منها.
(٣) من هامش المخطوطة.
(٤) زِيدَ هنا في المخطوطة: «لك غنمة وعليك غرمة». والصحيح إسقاطها.
(٥) في المخطوطة: «وغرمه». والصحيح ما أثبتناه كما في سنن الدارقطني.
(٦) السنن (٢٩٢٢).
(٧) السنن (٢٩٢٥).
(٨) السنن (٢٩٢٦).

رسول الله ﷺ: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْن؛ لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**. أبو عصمة وبشر ضعيفان، ولا يصح عن محمد بن عمرو[(١)]. هذا كلام الدارقطني، ومن طريق شبابة عن ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن سعيد وأبي سلمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ، وَالرَّهْنُ لِمَنْ رَهَنَهُ، لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**[(٢)].

فهذه طرق الدارقطني والاعتماد على التي قدمناها أوَّلًا على أن الأحاديث الضعيفة المتماسكة بعضها يشد بعضًا إذا لم تنته إلى حدِّ الوضع والإنكار، وذكره البيهقي في «الخلافيات» وتحسين الدارقطني، وتصحيح الحاكم[(٣)] وحسَّنه هو أيضًا، وأنه روى عن شبابة وعبد الحميد بن سليمان أخي فليح وأبي قتادة: عبد الله بن واقد الحراني، وإسماعيل بن عياش عن ابن أبي ذئب بذكر أبي هُريرة، وذكر في «السنن الكبير»[(٤)] أن الأوزاعي ويونس روياه عن الزهري عن ابن المسيب، إلَّا أنهما جعلا قوله: **«لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»** من قول ابن المسيب.

قلت: كذلك رأيتهُ في «المراسيل» لأبي داود[(٥)]، وقال أبو داود: «هذا هو الصحيح»، وإذا عرَفت هذا ونظرت ما ذكر المصنف من رواية ابن المسيب عن أبي هريرة، فينبغي أن تنسبها إلى الدارقطني وتحكم بحسنها أو صحتها، ولا يمكن أن تنسبها إلى الشافعي؛ لأن الرواية المتصلة عنده طريقها ضعيفة والصحيحة مرسلة لم يذكرها المصنف، وأما نحن فعذرنا في

---

(١) السنن (٢٩١٩).
(٢) السنن (٢٩٢٧).
(٣) المستدرك (٢٣١٥).
(٤) السنن الكبير (١١٢٢١).
(٥) مراسيل أبي داود (١٨٦).

النسبة إليهما في أول الكلام أنا أوردنا[١] أصل الحديث من غير تقييد بروايةٍ، وقوله: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ**»؛ معناه: لا يستحقه المرتهن إذا لم يستفكه صاحبه، وكان هذا من فعل الجاهلية، أن الراهن إذا لم يؤد ما عليه في الوقت المعين المشروط ملك المرتهن الرهن، فأبطله الإسلام، روى ابن أبي شيبة في «مصنفه»[٢] عن معاوية بن عبد الله بن جعفر، أن رَجُلًا رهَن دارًا إلى أجلٍ، فلمَّا حلَّ الأجلُ، قال المرتهنُ: داري، فقال رسول الله ﷺ: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ**». يقال: غلِق الرهن بكسر اللام، يَغلَق بفتحها، غلَقًا بفتحها وغلوقًا أيضًا، أي: استحقه المرتهن، قال زهير:

وفارَقَتْكَ برهنٍ لا فكاك له ... يومَ الوداع فأمسى الرهن قد غَلِقَا

[٢/١٣١ب] ۞ والغَلْقُ في الرهن ضدُّ الفك فإذا فك الراهنُ الرهن فقد أطلقه من وثاقه عند مُرتهنه، وقد أغلقت الرهن فغلق، أي: أوجبته للمرتهن فوجَبَ، ومنه قول حُذيفة بن بدرٍ لقيس بن زهير: ما غدا بك؟ قال: غدوت لأواضعك[٣] الرهان، أي يبطله، قال: بل غدوتَ لتُغْلِقَهُ[٤]، أي: لتوجبه وتؤكدهُ، وغلق ظهر البعير لكثرة الدّبْر لا يبرأ، واستغلق الكلام: أرتج، وكلام غلق؛ أي: مُشكل، وغَلِقت النخلة ذوت أصول سعفها، فانقطع حملها، وأغلق الباب وانغلق واستغلق عَسُرَ فتحه، وأغلقته أنا وفي لغةٍ رديَّة غلقتُهُ والقاف في قوله: «**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**» مكسورة ومضمومة، وذكر أبو عبيد لقوله: «**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**» **تأويلين؛ أحدهما**: أن المرتهن لا يملكه عند تأخر الحق. **والثاني**: أنه لا يكون غلقًا يتلف الحق بتلفه، قال: فوجب حمله عليهما جميعًا[٥].

---

(١) في هامش المخطوطة: «أردنا». (٢) مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٨٠٠).
(٣) في المخطوطة: «حيث لأواضعك»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٤) أمثال العرب لمفضل الضبي (ص٥٣ - ٥٤).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٢٥٦).

قال الماوردي: «وفيه نظرٌ؛ لأن اللفظ المبهم إذا لم يعلم مراده بمجرده لم يجز ادعاء العموم في موجبه، حتى يكون مستقلًّا بنفسه تناول شبر فصاعدًا، فحينئذٍ يجوز ادعاء العموم فيه»[١]. انتهى.

ولأبي عبيد أن يقول: إذا كانت اللفظة لها معنيان في اللغة من غير ترجيح، فهي مشتركة، والمشترك عند الشافعي ومن وافقه إذا تجرَّد يُحمل على جميع مَعانيه كالعام، لا سيما وهذا في النفي، وقد قال به في النفي من لم يقل به في الإثبات، أو يقال: إن الغلق قدر مُشترك، وبالنفي تنتفي جميع معانيه، فيصح كلام أبي عُبيد أيضًا، والتأويل الأول شاهدٌ لكون زوائد الرهن للراهن كما قصده المصنف، والتأويل الثاني شاهد لكون الرهن غير مضمون كما قصده الشافعي، وأكثر الأصحاب فإنهم صدَّروا به باب الرهن غير مضمون، وقال الشافعي رضي الله عنه في أول الرهن الصغير: «ومعنى قول النبي ﷺ: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ بِشَيْءٍ**»، أي إن ذهب لم يذهب بشيء، وإن أراد صاحبه افتكاكه، ولا يغلق في يدي الذي هو في يديه؛ كأن[٢] يقول المرتهن: قد أوصلته إلي فهو لي بما أعطيتك فيه، ولا يغير ذلك من شرط تشارطانه فيه، ولا غيره، والرهن للراهن أبدًا حتى تخرجه من ملكه بوجهٍ يصح إخراجه له.

والدليل على هذا: قول رسول الله ﷺ: «**الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ**». ثم بينه ووكده، فقال: «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**». قال الشافعي: وغنمه: سلامته وزيادته، وغرمهُ: عَطبه ونقصه»[٣]. انتهى.

---

(١) انظر المصدر السابق.

(٢) في المخطوطة: «لأن». والصواب ما أثبتناه.

(٣) الأم (٣/ ١٩٠).

فحمل الشافعي «**لَا يَغْلَقُ**» على المعنيين اللذين ذكرهما أبو عبيد، ولعل أبا عُبيد أخذهما منه، ولم يرد الشافعي بقوله: إن أراد افتكاكه، أنه إذا لم يفتكه يغلق، بل احترز عما إذا أعطاهُ للمرتهن في دينه، فإنه يجوز ويملكه بإعطاء صاحبه، ويخرج من مِلْكِه بتوفيته في دَيْنه، وهو وجهٌ يصح إخراجُه به، وعن إبراهيم النخعي[(١)]، ومالك[(٢)] أن معنى قوله: «**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**» أن يقول الراهن: إن جئتك بحقك، وقت كذا فذاك، وإلّا فهو لك بحقك فهذا لا يصلح. وكذلك هو في «الموطأ» فهذا هو الكلام على قوله: «**لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ**»، وأمّا قوله: «**الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ**» فهي جملة ثانية ولم أرها في شيء من طرق الحديث إلّا من طريق الشافعي وشبابة وقد ذكرتُ لك روايات الدارقطني وليست فيها إلّا في طريق شبابة فقد [٢/١٣٢أ] تَضَافرت طريق الشافعي، وطريق شبابة على إثبات هذه الجملة غير أنها في طريق شبابة بالعطف، والرهن لمن رهنه، وفي طريق [أظنه للشافعي][(٣)] بغير عطف الرهن من صاحبه الذي رهنه، وهي في «الأم» في الرهن الكبير[(٤)] والصغير[(٥)]، هكذا نقلتها من نسخةٍ مُعتمَدةٍ بخط كاتب الوزير ابن خير أنه - ولفظها هكذا: «**لَا يَغْلُقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ مِنْ صَاحِبِهِ**»، وقد رواها البيهقي من طريق الشافعي في «السير الكبير»[(٦)]، كما هي في «الأم»، وفي «المعرفة»[(٧)]، و«السنن الصغير»[(٨)]، فأسقط لفظة «الرهن» الثانية،

---

(١) شرح معاني الآثار (٤/ ١٠١).

(٢) الموطأ (٢/ ٧٢٨ رقم ١٣).

(٣) ما بين المعقوفتين من هامش المخطوطة.

(٤) الأم (٣/ ١٧٠).

(٥) الأم (٣/ ١٩٠).

(٦) الأم (١١٢١٠).

(٧) المعرفة (١١٧٤٣).

(٨) السنن الصغير (٢٠٣٤).

وصار: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ الرَّهْنَ مِنْ صَاحِبِهِ**»، وعلى هذا رواية المصنف: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ**»، وعلى هذا المعنى رأيتها في رواية شبابة، من طريق قاسم بن أصبغ، والذي يجب أن يكون هذه اللفظة ثابتة، وإن صح حذفها، فتكون مرادةً. والتقدير: لا يغلق الرهن هو من صاحبه، وأما حذفها لفظًا وتقديرًا، وجعل «**مِنْ صَاحِبِهِ**» متعلقًا بقوله: «**لَا يَغْلَقُ**» فلا يصحُّ، وقد اتضح بهذا أنها جملة ثانية، وهي مؤكدة ومبيِّنة لمعنى الأولى، وقوله: «**مِنْ صَاحِبِهِ**» قيل معناه: لصاحبه و«**مِنْ**» بمعنى: اللام، وعلى هذا يكون تأكيدًا لعدم ملك المرتهن له ولعدم ضمانه، وقيل: من ضمان صاحبه؛ لأنه يقال: هذا من ضمان فلان، أيْ: مضمون عليه، قال الشافعي: «هذا من أفصح ما قالته العرب: الشيء من فلان، أي: من ضمانه»[1]، وعلى هذا يكون تأكيدًا للضمان، ويلزم منه الملك أيضًا، وقد روى أبو العباس الأصم في «مسند الشافعي»[2] الحديث كما هو في «الأم» بلفظة «**الرهن**» مرتين، فعلم بذلك صحتها، وينبغي حمل رواية البيهقي والمصنف على السقوط، وهذه الجملة الثانية بكمالها ليست في الحديث الذي رواه الدارقطني وحكم بحسنه، وإنما هي في طريق الشافعي المرسلة، وفي طريق شبابة، والراوي عن شبابة، عبد الله بن نصر الأصم من رجال «المستدرك»[3] للحاكم. وقال ابن أبي حاتم: «إن أباهُ روَى عنه»[4]، وكلام الشافعي يشير إلى أن الجملة الأولى كافية، وإن هذه ليس فيها حكم زائد، فإن معناها في الجملة الأولى، فلا يضرنا ذلك، وهو في الجملة الثالثة أوضح وأبين، وهي قوله

---

(١) انظر: النجم الوهاج في شرح المنهاج (٤/٣٢٨).

(٢) مسند الشافعي (ص١٤٨).

(٣) مستدرك الحاكم (٢٣١٨).

(٤) الجرح والتعديل (٥/١٨٦).

ﷺ: «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**» وقد تضافرت الروايات على معناها. وقال الرافعي في «شرح مُسند الشافعي»: «جعل بعض الرواة آخر الحديث، وهو قوله: «**لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**» من كلام ابن المسيب»[(١)]. وهذا الذي ذكره الرافعي قد تقدم من نقل البيهقي وإثباته ضعيف، لكن تطرق الاحتمال في الاحتجاج به، وقد ذكرنا أن أبا داود قال: إنه الصحيح، وتقدم تفسير الغنم والغرم في كلام الشافعي، وعلم بذلك تضمن الحديث أن الزوائد للراهن والضمان عليه، لا على المرتهن، فإن قيل: الغرم إنما يطلق على غرامة البدل عند التلف، ولا يطلق على من تلف ماله ولم يضمنه غيره، فيتعين حمل الغرم على نفقة الراهن وكسوته، قلنا: الغرم يُطلق على جميع ذلك، والثاني والثالث موجودان في المالك، فحمل الحديث عليهما، والأول مُتعذِّر على أن الأزهري ذكر له مَعنيين: «**أحدهما**: أن عليه غرم ما يُفك به.

والثاني: أن الغُرم: الخسران، ويقال للذي عليه الدين: غريم وللذي له الدين: غريم، ورجل مغرم بالنساء؛ مُولع بهن»[(٢)]، وقد ذكر الشيخ أبو حامدٍ تأويليْ أبي عُبيدٍ وإن الشافعي تأوله تأويلًا آخر قريبًا من الأوَّلِ [٢/١٣٢ب] منهما، أي: لا يلزم لزومًا لا سبيل إلى فكاكه وتخليصه، وجَعَل بيت زهير منه أي: ذهبت بقلبه ذهابًا لا يمكن ردُّهُ، واعلم أن هُنا **ثلاثة أشياء؛ أحدها**: لزوم الرهن لزومًا لا سبيل إلى فكه، وهذا لم يقل به أحد من المسلمين.

الثاني: أنه إذا لم يقض الراهنُ الدين وقت حلوله يملكه المرتهن، وهذا لا نعلم أحدًا قال به أيضًا إلَّا أن يُباع عليه أو يتملكه المرتهن بطريقه.

الثالث: أنه إذا تلف سقط الدين وضمنه المرتهن، وهذا قال به أبو

---

(١) شرح مسند الشافعي (٢/ ٤٤٨).

(٢) الزاهر في غريب الحديث (ص١٥٠).

حنيفة، والحديث يدل على أنه لا يضمنه المرتهن بقوله: «**وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**» وإياهُ قصد الشافعي بالاستدلال، وعلى أن زوائده للراهن بقوله: «**لَهُ غُنْمُهُ**»، وإياه قصد المصنف هنا، وذكر المصنف بعد ذلك أيضًا في مسألة الضمان هذا الحديث، وسيأتي إن شاء الله تعالى في آخر هذا الباب، فإن ثبت أن هذا مُدرج من قول ابن المسيب، فإما أن يقال، بأن ذلك تفسير من الراوي لا يخالف الظاهر فيقبل، وأما أن يستغني عنه بقوله: «**الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ**»، أي: من ضمان راهنه، أو من حق راهنه، وأما قوله: «**لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ**» وحده فلا يكفي في الدلالة على أن الزوائد للراهن وكفايته في أنه من ضمانه ليست بالبينة، والمعتمد فيها تفسير ابن المسيب، والشافعي، وأبي عبيد مع توسط مقدمات، والظاهر عدم الإدراج، وعليه بنى الأكثرون الاستدلال، ومما يدل لعدم الإدراج أن هذه اللفظة في رواية شبابة كما سبق، وهي من طريق ابن المسيّب وأبي سلمة معًا، وأما الحديث الثاني وهو قوله: «**الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ**»، فرواه الدارقطني[1] بسند صحيح من حديث الأعمش عن أبي صالح، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «**الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ**».

كذا رواه أبو معاوية وأبو عوانة عن الأعمش مرفوعًا ورواه وكيع عنه، فوقفه على أبي هريرة ووكيع وإن كان أجل من أبي معاوية وأبي عوانة، ولكن يشهد لهما في رفعهِ ما في البخاري[2]، وأبي داود[3]، والترمذي[4]، وابن ماجه[5] عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «**الظَّهرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ**

---

(١) السنن (٢٩٣٠).
(٢) (٢٥١٢) بمعناه.
(٣) (٣٥٢٦) بمعناه.
(٤) (١٢٥٤) بمعناه.
(٥) (٢٤٤٠) بمعناه.

مَرْهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا[١]**، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ**»، بل هذا الحديث يُغني عن ذاك؛ لأنه يتضمن معناهُ وزيادة والمزني في «المختصر»[٢] رواه معلقًا فقال: وقد روي عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ**».

ورواه الشافعي في «الأم» موقوفًا فقال: «أخبرنا سفيان، عن الأعمش، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، قال: «**الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ**»»[٣]. انتهى.

ومتابعة سفيان بن عيينة لوكيع على الوقف يؤيد ترجيحه؛ لأن كلًّا منهما جبل عظيم، والظاهر أن أبا هريرة روى عن النبي ﷺ اللفظ الذي في البخاري، وأفتى بقوله بهذا اللفظ، وهو بعض ما دل عليه الحديث الذي رواه، هذا الأليق بطريقة المحدثين، وأما الفقهاء فيقولون: الرفع زيادة فتقبل.

وأما رواية ابن عمر لهذا الحديث مع أبي هريرة، كما ذكره المصنف، ففي الدارقطني أيضًا في ضمن حديث أخبرنا بجميع «سنن الدارقطني» شيخنا الحافظ أبو محمد عبد المؤمن بن خلف الدمياطي سماعًا عليه بعضه بقراءتي وبعضه بقراءة غيري وأنا أسمع في سنة [٢/١٣٣] أربع وسبعمائة قال: أخبرنا الحافظ أبو الحجاج يوسف بن خليل قال: أخبرنا أبو الفتح ناصر بن محمد بن أبي الفتح العطار المعروف بالوَيْرَجِ، قال: أخبرنا إسماعيل ابن الفضل الإخشيد السراج، قال أبو طاهر محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الرحيم

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة لابد منها، وقد أثبتناها من مصادر الحديث التالية.
(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٧).
(٣) الأم (٣/ ١٦٧).

قال: أخبرنا علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني، وكل ما نذكره في هذا الكتاب من الدارقطني فهو بهذا الإسناد إليه.

قال الدراقطني في هذا الحديث: حدثنا يحيى بن محمد بن صاعد، قال: حدثنا سوار بن عبد الله العنبري، قال: حدثنا معتمر بن سليمان، عن ليث، عن مجاهد، عن ابن عمر وأبي هريرة، رفعًا الحديث قال: «**لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ، وَلَا تَلَقَّوُا السِّلَعَ بِأَفْوَاهِ الطُّرُقِ، ولا تَنَاجَشُوا، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَسِمُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ، وَلَا يَخْطِبُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَدَعَ وَلَا تَسْأَلُ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَكْتَفِئَ مَا فِي صَحْفَتِهَا، فَإِنَّمَا لَهَا مَا كُتِبَ لَهَا، وَلَا تَبِيعُوا الْمُصَرَّاةَ مِنَ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ، فَمَنِ اشْتَرَاهَا فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ، وَالرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ**». هذا لفظ روايتنا ورأيته في نسخةٍ بخط سليم الرازي من كتاب الدارقطني: «**والرهن مركوب ومحلوب**»[1]، **وفيه «يَرُدُّ»** مكان «**يَدَعُ**» وليس في إسناد هذا الحديث مغمز إلَّا ليث بن أبي سُلَيم، فإنه ضعيف، ومع ضعفه هو ممن يكتب حديثه ويعتبر به، فيصلح أن يكون شاهدًا لرواية أبي معاوية وأبي عوانة.

وبالجملة: قد ذكرنا أن الذي في البخاري أَبْيَنَ وأَكْمَلَ معنًى من هذا، ومما ذكرناهُ يُعلم أن المصنف نقل الحديث من الدارقطني كما وجده، وإنه معَ ما عضده يصلح للاحتجاج.

أمَّا الفقه فنماء الرهن **ثلاثة أقسام**؛ **أحدها**: زيادة متصلة؛ كسمن العبد وطوله وكبر الشجرة والثمرة، فهذا تابع للأصل إجماعًا يكون للراهن ملكًا وللمرتهن وثيقة، وعنه احترز المصنف بقوله: المتميز.

الثاني: ما هو منفصل، ولكنه ليس من عين الرهن مثل كسب العبد فليس

---

(١) السنن (٣٠٧٢).

برهن، بل يكون ملكًا خالصًا للراهن، وعنه احترز بقوله: «من عين الرهن»، وبه قال أبو حنيفة والجمهور[١]، وسيأتي مذهب أحمد فيه.

القسم الثالث: منفصل من عين الرهن، كالثمر، واللبن، والولد، والصوف، والشعر، والنتاج.

وفيه **مسألتان** «**إحداهما**: في ملكه عندنا، وعند مالك وأبي حنيفة: أنه ملك الراهن سواء أنفق على الرهن أم لا.

وقال أحمد: جميع نماء الرهن وسائر منافعه ملك للمرتهن دون الراهن، سواء أكان المنفق على الرهن أم لا»[٢]، هكذا نقل الماوردي قال: «وقال أبو ثور: إن كان الراهن هو الذي ينفق على الرهن فالنماء، والمنافع له، وإن كان المرتهن هو المنفق فالنماء والمنافع له»[٣]، كذا نقله الماوردي أيضًا، والذي رأيته في كتب الحنابلة[٤] أن نماء الرهن وكسبه ومهره وأرش الجناية عليه من الرهن، وأن للمرتهن أن يركب ويحلب ما له ظهر ودَرٌّ بقدر النفقة، «وفي استخدام العبد روايتان، ولو ارتهن أمة فوطئها حُدَّ»[٥] هذا لفظ «محررهم»، وقال في «هدايتهم»: «للمرتهن أن يحلب ويركب ويستخدم بمقدار نفقته متحريًا للعدل في ذلك»[٦]، وقال: «إن المرتهن إن أنفق مع قدرته على استئذان الراهن ولم يستأذنهُ فهو متطوع، ومع عدم القدرة من غير إذن الحاكم، **روايتان**؛ **أحدهما**: أنه متطوع. **والثاني**: أن [٢/١٣٣ب] على

(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥١٥).

(٢) الحاوي (٦/ ٢٠٣) بمعناه.

(٣) انظر المصدر السابق بمعناه

(٤) انظر: المقنع (ص١٧٧)، والمحرر (١/ ٣٣٦).

(٥) المحرر لمجد الدين ابن تيمية (١/ ٣٣٦).

(٦) الهداية للكلوذاني (ص٢٦٢).

الراهن ضمان ذلك»[1]. انتهى. وهذا هو المعتمد، وكذا نقله ابن الصباغ، فإنه قال: إن منفعة الرهن للراهن وليس للمرتهن منعه من الانتفاع بالرهن، وبه قال مالك وأحمد، إلَّا أن الخرقي يروي عنه: أنه إذا أنفق المرتهن على الرهن جاز له الانتفاع بقدر ما أنفق، وإن لم يأذن الراهن له في النفقة.

وعنه رواية أخرى: أنه لا يرجع بذلك. انتهى.

والذي تلخص لي من الحنابلة أنه حيث ينفق المرتهن ويقول بأنه يستحق الرجوع مما أنفق على الراهن، فله أن يركب ويحلب ويستخدم بقدر النفقة للحديث، وأنه ليس على الراهن وليس في ذلك أن الرهن يقتضي ملك المرتهن المنفعة، وإنما يملك ذلك المقدار بدلًا عن نفقته، وهذا يُشبه من بعض الوجوه مسألة الظَّفر، إلَّا أن أحمد إنما يقول بها في الجنس، والأليق بمذهبه أن هذا تضمين يقتصر منه على ما وردَ به الخبر، كما في المصراة، والذي قاله الماوردي عنه لعلة رواته غريبة، وما ذكره عن أبي ثور موافق لما قالته الحنابلة، فحينئذٍ الكل متفقون على أن زوائد المرهون المنفصلة ملك للراهن على ما هو المعروف في كتبهم وكتب غيرهم، وذكر الماوردي من حجة أحمد **شيئين؛** «**أحدهما**: قوله: الرهن مركوب ومحلوب، وقبل الرهن كان ذلك للراهن، فإنما يستفاد بعد الرهن كونه للمرتهن. **الثاني**: أن الرهن كالبيع في أن كلًّا منهما عقدٌ على ملك في مقابله عوض»[2].

والجواب عن الأول: أنه قصَدَ أن الرهن لا يمنع.

وعن الثاني: أن الرهن لا يفيد ملك العين، وذكر[3] من حجة أبي ثور

---

(١) الهداية للكلوذاني (ص٢٦١).

(٢) الحاوي (٦/ ٢٠٣).

(٣) أي: الماوردي.

«قوله ﷺ: «**وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ**»؛ ولأن النماء في مقابلة النفقة»[(١)] وجوابه أن النفقة واجبة على الراهن دون المرتهن، ويمكن أن يحتج لهما مما روى هُشيم في حديث أبي هريرة مرفوعًا قال: «**إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً، فَعَلَى الْمُرْتَهِنِ عَلَفُهَا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ، وَعَلَى الَّذِي يَشْرَبُهُ نَفَقَتُهُ وَيَرْكَبُ**»[(٢)]، وكذا رواه سفيان بن أبي حبيب، قال البيهقي: **وليس بمحفوظٍ؛ لوجوه؛ أحدها**: أن يعقوب الدورقي رواه عن هُشيم، ولفظ الحديث: «**إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً، فَعَلَى الَّذِي رَهَنَ عَلَفُهَا**»، ولم يذكر المرتهن، **الثاني**: أن الحُفَّاظ، كابن المبارك، وأبي نعيم، ويحيى القطان، لم يذكروا هذه اللفظة. **الثالث**: أن الشعبي شيخ شيخ هُشيم أفتى بخلافه، قال: لا ينتفع من الرهن بشيء، وعنه في رجل ارتهن جارية، فأرضعت له، قال: يغرم لصاحب الجارية قيمة الرضاع. ويحتج لهم أيضًا بما رُوي عن عمرو بن دينار، قال: كان معاذ بن جبل رضي الله عنه يقول في النخل إذا رهنه، فيخرج منه ثمره فهو من الرهن، وهذا منقطع بين عمرو ومعاذ، ثم قد روى معمر، عن ابن طاوس، عن أبيه؛ أن معاذ بن جبل رضي الله عنه قضى ممن ارتهن نخلًا مثمرًا، فليحسب المرتهن ثمرتها من رأس المال. رواه الشافعي عن مطرف بن مازن، عن معمر»[(٣)]، قال الشافعي: «وذكر سفيان بن عيينة شبيهًا به، قال الشافعي: وأحسبُ مُطرفًا قاله في الحديث من عام حج رسول الله ﷺ، قال الشافعي: وهذا كلام يحتمل معاني، أظهرها: أن يكونا تراضيا أن الثمرة رهن، أو يكون الدين حالًّا، والراهن سلط المرتهن على بيع الثمرة، واقتضيا بها من رأس ماله، أو أذن له في ذلك، وإن كان إلى أجلٍ، ويحتمل

---

(١) الحاوي (٦/ ٢٠٣، ٢٠٤).
(٢) أخرجه أحمد (٧١٢٥).
(٣) انظر: مختصر الخلافيات (٣/ ٣٧٥ - ٣٧٧).

أن يكونا تراضيا أنها للمرتهن، فقال: هي رأس للمال لا للمرتهن، ويحتمل [١٢/١٣٤] ⇑ أن يكونوا صنعوا هذا متقدمًا على علمهم أنها لا تكون للمرتهن، ويشبه هذا لقوله: من عام حج رسول الله ﷺ، كأنهم كانوا يقضون أن الثمرة للمرتهن قبل حج النبي ﷺ، قال الشافعي: فلما كان الحديث هكذا كان ألا تكون الثمرة رهنًا ولا الولد ولا النتاج أصح الأقاويل عندنا، ولو قال قائل: إلَّا أن يتشارطا، فيشبه أن يجوز عندي، وإنما أجزته على ما لم يكن أنه ليس بتمليك، فلا يجوز أن يملك ما لا يكون، وهذا يُشبه معنى حديث معاذ، والله أعلم، وإن لم يكن بالبيِّن حدًّا كان مذهبًا، ولولا حديثُ معاذ ما رأيته يُشبه أن يكون عند أحد جائزًا، قال الربيع: ومنه قول آخر: إنه إذا رهنه نخلًا أو ماشية على أن ما حدث من النتاج أو الثمر رهن؛ كان الرهن باطلًا، وهذا أصح الأقاويل على مذهب الشافعي»[١]. انتهى.

وقال البيهقي: إن حديث مُعاذ هذا أيضًا منقطع، وأما الحنفية، فإنهم يمنعون الراهن من الانتفاع، ويحملون قوله: «**الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ**» على أنه للمرتهن، ويثبتون تلك الزيادة الضعيفة، ويجعلون ذلك كله منسوخًا.

قال الطحاوي: «أجمع أهل العلم أن نفقة الرهن على الراهن لا على المرتهن، وأنه ليس للمرتهن استعمال الرهن»[٢]، وقال في الحديث: «كان هذا عندنا في وقتٍ ما كان الربا مُباحًا، ولم ينه حينئذٍ عن القرض الذي جرَّ منفعة، فلما حرمَ الربا حرمت أشكاله، وحرَّم بيع اللبن في الضروع، ودخل في ذلك النهي عن النفقة التي يملك بها المرتهن لبنًا في الضرع، ويملك

---

(١) الأم (٣/ ١٩٨ - ١٩٩).

(٢) شرح معاني الآثار (٤/ ٩٩).

المنفعة غير موقوف على مقدارها، واللبن كذلك»[١]. انتهى. ونحن نقول: تأويل «**الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ**»: على الراهن أولى من النسخ بلا حُجَّة، وما ادعاهُ الطحاوي من الإجماع منقوض بما رواه ابن أبي شيبة في «مُصنَّفه»[٢] عن الحسن بن صالح، قال: «**نَفَقَةُ الرَّهْنِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ**»؛ لأنه من ضمانه.

المسألةُ الثانية: في أن الزيادة المنفصلة مرهونة كالأصل، قال بذلك أبو حنيفة؛ ولهذا منع الراهن من الانتفاع، وإنما قال هذا في الحادث من عين الرهن، أما الكسب، فلا يدخل في الرهن عنده، وقال بدخول المهر، وقد قدمنا من كلام الحنابلة ما يقتضي دخول الجميع في الرهن، ولا بدَّ أن يستثني عندهم ما جوَّزوا للمرتهن الانتفاع به.

وقال مالك: ما كان من جنس الرهن كالولد والنتاج دخل في الرهن، وما كان من غير جنسه كاللبن والثمرة خرج من الرهن[٣]، وعندنا لا يدخل شيء من ذلك لنا القياس على ولد الجانية، فإن الأرش لا يتعلق به بالاتفاق بيننا وبين الحنفية.

وقال مالك: يدخل ولد الجانية معها، فالحجة عليه القياس على الثمرة والكسب.

قال أصحابنا: ولد المرهونة ليس بمرهون[٤]، وولد المبيعة ليس بمبيع، فلا يتعلق البائع بجلسته، وولد الضامنة ليس بضامن، وولد المغصوبة مغصوب، وفي ولد المستعارة **وجهان؛ أحدهما**: مضمون كأمه، ولا ينتفع

---

(١) شرح معاني الآثار (٤/ ٩٩).
(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٢٣٢٨٠).
(٣) انظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٨٤)، وشرح التلقين للمازري (٣/ ٢/ ٤٢١).
(٤) انظر: نهاية المطلب (٦/ ١٠٨)، والتهذيب (٤/ ٢٣).

به. **وأصحهما**: أنه أمانة شرعية عليه ردُّه إن قدر على صاحبه، فإن لم يقدر، فهو في يده أمانة[1]، وولد المستأجرة لا يتبعها، بل يفوز به المالك، و«ولد المقبوضة سومًا مضمون كأمه قولًا واحدًا»، قاله الروياني[2].

وحكى القاضي حسين فيه قولين؛ فيه وفي ولد المبيعة بيعًا فاسدًا، وولد العارية والوديعة، وفي ولد الموقوفة **وجهان**؛ **أحدهما**: أنه موقوف كأمه.

والثاني: أنه مملوك للموقوف عليه.

وفيه وجه ثالث: أنه لأقرب الناس إلى الواقف؛ حكاه الماوردي.

وولد الهدي والأضحية يتبع في الهدي والأضحية؛ لزوال الملك، وولد المودعة أمانة شرعية.

[٢/١٣٤ب]

وقيل: وديعة، وولد الموصى بها إن حدث قبل موت الموصي فهو له لا يتبعها على المذهب، وبعد الموت والقبول للموصى له وبينهما إن قلنا: يملك بالموت فالولد له، وإلَّا فللورثة وولد الجانية لا يتبعها، وولد المدبرة فيه **قولان**؛ **أحدهما**: وهو الأظهر عند النووي، ونسبه إلى الأكثرين[3]، وصححه الرافعي في «المحرر». وهو المختار أنه مملوك للسيد قنٌّ.

والثاني: ونسبه الرافعي في «الشرح الصغير» إلى أكثرهم، وهو بضد في البويطي أنه مُدبَّر كأمه يعتق بالموت، ولو رجع عن تدبير أحدهما لم يكن رجوعًا عن الآخر، قاله الجرجاني والرافعي[4]، وولد المعتقة بصفةٍ هكذا، فيه **قولان**؛ **أحدهما**: يتبع أمه في الصفة.

---

(١) انظر: المهذب (٢/ ١٨٩)، وحلية العلماء (٥/ ١٩٤).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٣٠٥).

(٣) روضة الطالبين (١٢/ ٢٠٣).

(٤) فتح العزيز (١٣/ ٤٣٥).

والثاني: أنه قن. واتفق الرافعي والنووي على أنه الأظهر، وكلام الشافعي في «الأم» يقتضي أن يكون فيها طريقان؛ أحدهما: أنها كالمدبرة.

والثاني: القطع بأنه لا يكون ولدها بمنزلتها.

ويقتضي أيضًا: أن محل الخلاف فيما إذا كان التعليق بصفة كافية لا تختلف بحال حتى يكون كالتدبير وهي طريقه، وأكثر الأصحاب أطلقوا، ثم ختم الشافعي كلامه المذكور بما يقتضي أنه لا فرق بين الصفة المحققة وغيرها، ولا بين المعتقة بصفة والمدبرة، وبه يتراجع ما قاله النووي في المدبرة. والله أعلم.

وأنه لا فرق بينهما وبين المعلق عتقها بصفة، ويترجح أيضًا ما قاله أكثر الأصحاب من أنه لا فرق بين الصفة المحققة وغيرها كما يقتضي آخر كلام الشافعي في باب التدبير «الأم»، لكن نصه في «البويطي» أن أولاد المدبر بمنزلتها.

وولد المستولدة يتبعها؛ لأن سبب حُريتها مُستقر، لا سبيل إلى إزالته ونتاج ماشية الزكاة يتبعها في مقابلة ارتفاق المالك بالربا[1] والماخض، وفي ولد المكاتبة **قولان؛ أحدهما**: أنه مملوك لا يتبع الأم.

والثاني: يتبعها، فإن عتقت بالأداء، عتق وهو الأصح، والفرق بينها وبين المرهونة أن ولد المكاتبة لم يلحقها في الكتابة وإنما لحقها في العتق، وأيضًا فإن المكاتبة يتبعها كسبها، فتبعها ولدها، والرهن لما لم يتبعهُ الكسب عندنا وعندهم – أعني: الحنفية – لم يتبعه الولد، وإذا تقرر أن ولد المرهونة ليس بمرهون، فهل له إمساكه فيه؟

وفي ولد الوديعة إذا قلنا: ليس بوديعةٍ وجهان في «البحر»[2]. **قلت**:

---

(١) في المخطوطة: «بالربى».
(٢) بحر المذهب (٥/ ٣٠٥).

أصحهما: لا، وهما جاريان في كل أمانة شرعية، الأصح أنه يجب ردها عن الإمكان حتى إذا أخر ضمن، وكل هذا في الولد الحادث، أما إذا رهن حاملًا، ومست الحاجة إلى البيع، وهي حامل بعد، فتباع كذلك في الدين؛ لأنا إن قلنا: الحمل يُعلم، فكأنه رهنهما وإلَّا فقد رهنها، والحمل محض صفةٍ، ولو ولدت قبل البيع، فهل الولد رهن، فيه قولان، قال الرافعي: «إنهما مبنيان على أن الحمل هل يُعلم إن قلنا: لا، هو كالحادث، وإن قلنا: نعم، فهو رهن، وزاد الشيخ أبو محمد، فقال: إن قلنا: نعم، ففي كونه مرهونًا قولان لضعف الرهن عن الاستتباع»[١]، والإمام نسب الاستتباع إلى القديم، ومقابله إلى الجديد، وكذلك الماوردي[٢]، وقد ذكرنا هذا في فرع في رهن الجارية الموطوءة عند قول المصنف، وما سوى ذلك من الأموال يجوز رهنهُ، وسنذكره قريبًا.

فإن قلنا: الولد لا يكون رهنًا، فلو صرَّح في العقد، وقال: رهنتها مع حملها، قال الإمام: «فيه تردُّد للأصحاب. والظاهر: أنه لا يكون مرهونًا أيضًا؛ إذ لو جاز ذلك لجاز إفراده بالرهن»[٣]، ولو حبلت بعد الرهن، وكانت حاملًا وقت الحاجة إلى البيع.

فإن قلنا: الحمل لا يُعلم، بيعت، وهو كزيادة مُتصلة.

وإن قلنا: يُعلم، لم يكن الولد مرهونًا وتعذر بيعها؛ لأن استثناء الحمل لا يمكن، ولا سبيل إلى بيعها حاملًا، وتوزيع الثمن على الأم والحمل؛ لأن الحمل لا يُعرف قيمته، فلو سأل الراهن أن تُباع، ويسلم الثمن كله

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥١٥).

(٢) الحاوي (٦/ ١٢١).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٦٨) بمعناه.

للمرتهن، قال الشافعي في «الأم»: «فذلك له»[١]، «ولو رهن نخلةً، ثم أطلعت **فطريقان؛ أحدهما**: أن بيعها مع الطلع على قولين كما في الحمل.

والثاني: القطع بأن الطلع غير مرهون؛ لأنه يمكن إفراده بالعقد، فلا يجعل تبعًا»[٢]، هكذا ذكر الرافعي، وإجراء القولين ضعيف يقتضي دخول الثمرة في الرهن على قولٍ، فالصحيح القطع بأنه غير مرهون، فإذا قلنا: إنه غير مرهون، فيباع النخل، ويُسْتثنى الطلع بخلاف الجارية الحامل، ولو كانت مطلعة وقت الرهن، فسيأتي في كلام المصنف، ومنه نستفيد: أن المراد هنا الطلع الذي لم يؤبر، أما المؤبر، فلا يدخل، وإذا لم يدخل في البيع فلأن لا يدخل في الرهن أولى.


الاعتبار في مقارنة الولد الرهن وحدوثه وسائر الزوائد بحالة العقد على الصحيح، وقيل: بحالة القبض؛ لأن الرهن به يلزم.


أرش الجناية على المرهون وافتضاض البكر مرهونان؛ لأنهما بدل جُزء من المرهون وليسا من الزوائد.

فرع ضرب رجل الجارية المرهونة، فألقت جنينًا ميتًا، لزم الضارب عُشر قيمة الأم، ولا يكون مرهونًا؛ لأنه بدل الولد، فإن دخلها نقص لم يجب بسببه شيء آخر.

قال الرافعي: «ولكن قدر أرش النقص من العشر يكون رهنًا، فإن ألقته حيًّا ومات معها، يلزم الجاني قولان؛ أظهرهما قيمة الجنين حيًّا.

---

(١) الأم (٣/ ١٤٨).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥١٥).

قال الرافعي: وأرش نقص الأم إن نقصت، فعلى هذا القيمة للراهن والأرش مرهون، والثاني أكثر الأمرين من أرش النقص وقيمة الجنين، فعلى هذا إن كان الأرش أكثر، فالمأخوذ ⇑ رَهنٌ كله، وإن كانت القيمة أكثر؛ فقدر الأرش رَهنٌ.

وأما البهيمة المرهونة إذا ضُربت، فألقت جنينًا ميتًا، فلا شيء على الضارب سوى أرش النقص إن نقصت، ويكون رهنًا»[1]. ذكر هذا الفرع الرافعي هنا، وذكره المصنف بعد ذلك، وسنبسط فيه القول، ونخالف الرافعي في بعض ما قال، والقول بأن بدل الوليد لا يكون مرهونًا ظاهر فيما إذا كان الحمل حادثًا أو مُقارنًا، وقلنا: لا يدخل، أما على طريقة الرافعي في القول بدخوله فلا، فالمسألة في كلام الرافعي يجب تقييدها، وفي كلام المصنف لا يجب؛ لأنه قد يقول بعدم الدخول كما حُكي عن الجديد.

فرع الثمر وما بعده في كلام المصنف من الزوائد، هو الذي ذكره الأصحاب في التمثيل، وأما الشجر؛ فليس من عين الأرض، بل مما يُلْقَى فيها من النوى، فلا يتخيل دخوله، ولعل المصنف ذكره؛ لينبِّه على أنه مع الأرض كالثمرة مع الشجرة، فلا يدخلان.

فرع علمتَ مما ذكرناه أن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالمرهون إلَّا ما تقدم عن أحمد، وأبي ثور، وإنَّ الراهن يجوز له كل الانتفاعات إلَّا ما يُسْتَثنى عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز له أيضًا، كما لا يجوز للمرتهن.

(١) فتح العزيز (٤/ ٥١٦).

قال:

فإنْ رهن نخلًا على أنَّ ما [يثمن][١] داخل في الرهن، أو ماشية على أنَّ ما تنتج داخل في الرهن؛ فالمنصوص في «الأمِّ»[٢] أن الشرط باطل، وقال في «الأمالي القديمة»: لو قال قائل: إن الثمرة والنتاج يكون رهنًا كان مذهبًا[٣]، ووجهُهُ: أنه تابع للأصل، فجاز أن يتبعه؛ كأساس الدار، والمذهب: الأول، وهذا مرجوع عنه؛ لأنه رهن مجهول ومعدوم؛ فلم يصحَّ، بخلاف [الأساس][٤]؛ فإنه موجود، لكن يشق رؤيته، فَعُفِيَ عن الجهل به.



هذا قد سَبق متى ذكرهُ مرةً عند قول المصنف: فصل: وإن شرط في الرهن شرطًا ينافي مقتضاه، ومرةً الآن في هذا الفصل، وذكرنا حديث مُعاذ في ذلك، والكلام عليه، قوله في توجيهه: إنه تابع ممنوع؛ لأن الثمرة الحادثة لا يتبع في الرهن بغير شرط، فكذا بالشرط بخلاف الأساس؛ فإنه يتبع بغير شرطٍ، وإذا شُرط في صحَّته خلاف، وإنما مراد المصنف أنه تابع في الجملة ليس بمقصودٍ، فجاز أن يُحكم بتبعيته؛ كالأساس، حيث حُكم بتبعيته، والفرق الذي ذكره ظاهر.



(١) في المطبوع: «يتميز».
(٢) (٣/ ١٦٥) بمعناه.
(٣) انظر الحاوي (٦/ ٢٥٠).
(٤) في المطبوع: «أساس الدار».

قال:

وأما النماء الموجود في حال العقد، فينظر فيه، فإن كان شجرًا، فقد قال في الرهن: لا يدخل، وقال في البيع: يدخل، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، وقد بيناها في البيوع.



قد تقدم في البيوع، ونزيد هنا: إن في «مختصر المزني»: «ولو رهنه أرضًا من أرض الخراج، فالرهن مفسوخ؛ لأنها غير مملوكة، فإن كان فيها غراس أو بناء للراهن، فهو رهن»[١]، فإن أخذنا بإطلاق هذا النص؛ اقتضى دخول الشجر عند إطلاق رهن الأرض، ولم ينقل أحد من الأصحاب ذلك عن نصِّه، بل المنقول عنه في الرهن عدم الدخول، وهو الذي نص عليه في «الأمِّ» في باب الرهن يجمع الشيئين المختلفين. قال: فيما إذا لم يقل بشجرها «إن الأرض رهن دون الشجر»[٢]، فالوجه: حمل كلام «المختصر» على ما إذا قال بشجرها، وقد قدَّمنا هذا عند الكلام في رهن خراج السواد، وما فيه من الاعتراض على الرافعي.



(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٣).
(٢) الأم (٣/ ١٥٥).

قال:

وإن كان ثمر نظرتَ، فإن كان ظاهرًا؛ كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار، لم يدخل في الرهن؛ لأنه إذا لم يدخل ذلك في البيع وهو يزيل الملك، فلأن لا يدخل في الرهن وهو لا يُزيل الملك أولى.



الشرح

هذا لا خلاف فيه ولا شبهة، ومنه يُستفاد تقييد الفرع المتقدم على الرافعي.



قال:

وإن كان ثمرًا غير ظاهر؛ كالطلع الذي لم يؤبَّر، وما أشبهه من الثمار، ففيه طريقان؛ من أصحابنا من قال: فيه قولان؛ أحدهما: يدخلُ فيه قياسًا على البيع، والثاني: لا يدخل فيه وهو الصحيح؛ لأنه لمَّا لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم [٢/١٣٥ب] يدخل الموجود حال العقد، ومنهم من قال: لا يدخل فيه قولًا واحدًا، ويخالف البيع؛ فإن في البيع ما يحدث بعد العقد ملك المشتري، والحادث بعد العقد لا حقَّ للمرتهن فيه، ولأن البيع يزيل الملك؛ فدخل فيه النماء، والرهن لا يزيل الملك، فلا يدخل فيه.



هو كما قال، وطريقة القطع منسوبة إلى أبي إسحاق وابن أبي هريرة وابن سريج، وطريقة القولين منسوبة إلى البغداديين[1]، وهي أصحُّ عند جماعةٍ، ومنهم من يحكيهما وجهين، والدخول منسوب إلى القديم، حكاه القاضي أبو الطيب.

وقال الماوردي: «إن بعض الأصحاب خرَّجه من قول قديم في الصوف واللبن والحمل»[2]، وقال الشيخ أبو حامد: كنتُ أحكيه، فإن الدارَكي كان يحكيه عن القديم، ولا يُحكى، فإني قرأت كتابه القديم فما رأيتُهُ فيه. وعدم الدخول وهو الصحيح نص عليه في «الأم» و«المختصر»، ولم يذكر غيره.

وقال الماوردي: إنه نصَّ عليه في القديم كما نصَّ عليه في الجديد، وصاحب «التلخيص» قال فيه: قلته مخرجًا، واقتضى كلام الإمام: أن القول

---

(١) انظر: الحاوي (٦/ ١٢١).

(٢) الحاوي (٦/ ١٢١).

بالدخول مأخوذ من البيع كما اقتضاهُ كلام المصنف.

واعلم، أن ما ذكر من التوجيه قياسه أن يأتي في الحمل، وأن يكون فيه الطريقان، ويكون الأصح عدم الدخول، كما يشير إليه نسبة الماوردي، والإمام، وغيرهما ذلك إلى الجديد، لكن الرافعي قال: «إن الخلاف فيهما مُتقارب المأخذ، وإن أحد الخلافين مُرتبٌ على الآخر، والجنين أولى بالاندراج؛ لأنه لا يقبل التصرف على الانفراد؛ فبالحري أن يكون تبعًا»[١].

قلت: وهو كما قال، لكن تصحيح الاندراج كما اقتضاه بناؤه على أن الحمل هل يُعلم أو لا مخالف لنصِّه في «الأم» في باب زيادة الرهن، قال: «إذا رهن الجارية حبلى فولدت، أو غير حبلى فحبلت وولدت؛ فالولد خارج من الرهن، وكذا إذا رهنه الماشية مخاضًا، فنتجت أو غير مخاض، فمخضت ونتجت؛ فالنتاج خارج من الرهن»[٢]، فالصحيح عندي من جهة المذهب: أنها متى كانت حاملًا عند الرهن وولدت وقت البيع لا يدخل الولد في الرهن، بل يُباعان ويفوز الراهن بحصَّة الولد.

ولخَّص ابن الرِّفعة في الحمل **ثلاث طرق؛ إحداها**[٣]: أنه لا يتبع بناء على أنه لا يُعلم كما حُكي عن الشيخ أبي محمد، وعلى هذه الطريقة: لو شرط دخوله؛ لم يدخل، كما صرَّح به الشيخ.

والإمام حكى فيه ترددًا عن الأصحاب، والظاهر ما قاله الشيخ؛ إذ لو جاز ذلك لجاز إفراده بالرهن.

والثانية: يخرجه على القولين في الثمرة غير المؤبرة؛ بناء على أن الحمل

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٦٧) بمعناه.

(٢) الأم (٣/ ١٦٦).

(٣) في المخطوطة: «أحدهما».

يُعلم، وعلى هذه الطريقة ينطبق ما في «الأم».

والثالثة: أنه يتبع بناء على أنه يعلم، وإن لم يتبع في الثمرة.

ولم يذكر المصنف مسألة الحمل في الرهن، وذكرها في البيع، وصرَّح بأن الصحيح أنه يُعلم، ويقابله قسط من الثمن.

وفي اللبن في الضرع طريقان عن أبي الحسين؛ القطع بأنه لا يدخل في الرهن، والمشهور: أنه على الخلاف، ثم هو عند بعضهم في مرتبة الجنين، وعند آخرين في مرتبة الثمار؛ لتيقن وجوده. قال الرافعي: «وسواء أثبت الخلاف أم لا، فالظاهر: أنه لا يدخل في الرهن. وهو الذي أورده في «التهذيب»»(١).

قلت: هذا صحيح على المذهب، وأما على ما اقتضاه كلامه من تصحيح اندراج الحمل، فكان ينبغي تصحيح دخول اللبن؛ لاستوائهما في البيع، كما سيأتي عن المتولي، ونص الشافعي على أن اللبن خارج من الرهن، قال الربيع: «وقيل: هو رهن معها»(٢).



(١) فتح العزيز (٤/ ٤٦٧).

(٢) الأم (٣/ ١٦٨) بمعناه.

قال:

واختلف في ورق التوت والآس وأغصان الخلاف، منهم من قال: هو كالورق والأغصان من سائر الأشجار؛ فيدخل في الرهن، ومنهم من قال: إنها كالثمار من سائر الأشجار؛ فيكون حكمها حكم الثمار.



الشرح

التوت هو الفرصاد، وهو بتاءين؛ الأولى: مثناة بلا خلاف، وكذا الثانية عند الجمهور، وقيل: فيه لغة أخرى أنها بالثاء المثلثة، حكاها ابن الأعرابي، وأنكرها الجوهري(١) وغيره، وقد تسمحنا في قولنا: تاءين، وكان الصواب: عدم التثنية؛ لاختلاف اللفظ والمعنى، والذي أوجب التسمح تقارب اللفظ.

و«الآس»: شجر معروف.

و«الخلاف»: أيضًا شجر، وهو مخفف، واقتضى كلام المصنف: أن الخلاف وجهان، وقال الرافعي: «فيها القولان المذكوران في الثمار التي لم تؤبر»(٢)، ⇑ [٢/١٣٦] وذلك من الرافعي اختيار؛ لأنها كالثمار، واختيار لطريقة القولين في الثمار.

والحاصل: أن في الأوراق المذكورة والأغصان **وجهين**؛ **أحدهما**: الدخول كسائر الأوراق.

وأصحهما: أنها على الخلاف في الثمار غير المؤبرة، وظاهر الكلام: أنه

---

(١) الصحاح (١/ ٢٤٥).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٤٦٧).

لا فرق بين أن تبلغ الأغصان أوان القطع أو لا.

والورد كالآس؛ قاله الروياني[1]، وكذا كل شجر يقصد ورقه، وإنما جرى الخلاف في هذا النوع؛ لأن العادة قطعه، ومن هذا نأخذ أن سائر الأوراق والأغصان التي لم تَجْر العادة بقطعها تدخل في الرهن قولًا واحدًا، فإن جفت بعد ذلك، فسيأتي عن ابن الصباغ، أنها تخرج من الرهن، أعني: الأغصان الجافة بعد الرهن، وخالفه المتولي، وهو الأقرب.



(١) بحر المذهب (٥/ ٣٠٥).

قال:

وإن كان النماء صوفًا أو لبنًا؛ فالمنصوص أنه لا يدخل في العقد، وقال الربيع في الصوف قولًا آخر: أنه يدخل؛ فمن أصحابنا من قال: فيه قولان، ومنهم من قال: لا يدخل قولًا واحدًا، وما قاله الربيع من تخريجه.



تقدم نصه في اللبن، وما قاله الربيع فيه قبل هذا بأسطر، وفي أثناء الباب من «الأم» في الصوف والوبر والشعر مثل ذلك.

وحكى الرافعي في الصوف **طريقين**؛ «**إحداهما**: القطع بدخوله إلحاقًا بالأجزاء والأعضاء، نقله في «التتمة»، **وأظهرهما**: أنه على **قولين**؛ **أحدهما**: الدخول، كالأغصان والأوراق في رهن الشجرة، **وأصحهما**: المنع كما في الثمار؛ لأن العادة فيه الجزّ.

ونقل بعضهم بدل القولين وجهين، وزاد وجهًا بالباب، وهو: الفرق بين القصير الذي لا يُعتاد جزّه، والمنتهي إلى حدٍّ يُجزُّ»[1]؛ تشبيهًا للمستجز، وهو ما بلغ أوان الجز بأغصان الخلاف، والصحيح: أنه لا يدخل، والقول بدخول الصوف مطلقًا نسبه الماوردي إلى القديم[2]، وابن أبي هريرة قطع به، وفرق بينه وبين اللبن: بأن اللبن منفصل لا يُستبقى، والصوف متصل يُستبقي[3]؛ فهو كأغصان الأشجار، ووافقه المتولي، فصحح هذا، وقال المتولي في اللبن مثله، لكنه علَّل في الصوف بأنه جزء، وعلل في اللبن بأن

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٦٨).
(٢) الحاوي (٦/ ٢٠٨).
(٣) انظر المصدر السابق.

له قسطاً من الثمر؛ كالحمل إذا قلنا: له قسط من الثمن.

ويرد على المتولي: أنه وافق على أن الصوف الحادث لا يدخل، فكيف يدخل المقارن، ووجه الإخراج في هذه المسائل كلها ضعف الرهن عن الاستتباع؛ لأنه لا يزيل الملك بخلاف البيع.

فرع في دخول المغرس تحت رهن الشجر خلاف مرتب على الخلاف في البيع، والرهن أولى بالمنع لضعفه، وفي معناه دخول الآس تحت الجدار، ولا يدخل البياض بين الأشجار تحت رهن الأشجار إن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع، وإن لم ينتفع به إلَّا بتبعية الأشجار، فكذلك على أشهر الطريقين، وعن صاحب «التقريب» والشيخ أبي محمد أنه على الوجهين في المغارس، والصحيح: أن المغارس لا تدخل في الرهن بخلاف البيع.

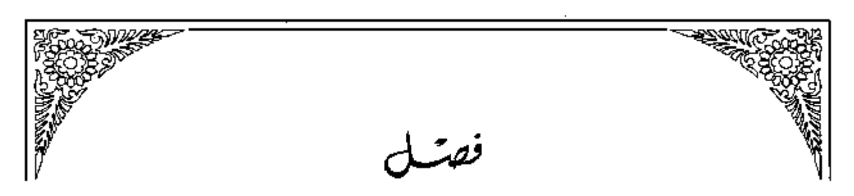
فرع قال أبو حنيفة: «إن الثمرة تدخل في رهن الشجرة»[1]؛ بناء على أصله أن رهن الشجرة بدون الثمرة لا يجوز.



(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٦٠٤) بمعناه.



قال:



[في التصرف في منافع الرهن]

ويملك الراهن التصرف في منافع الرهن على وجهٍ لا ضرر فيه على المرتهن؛ كخدمة العبد، وسكنى الدار، وركوب الدابة، وزراعة الأرض؛ لقوله ﷺ: «الرَّهْنُ مَحْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ»، ولأنه لم يدخل في العقد، ولا يضر بالمعقود له؛ فيبقى على ملكه وتصرفه؛ كخدمة الأَمَة المزوجة، ووطء الأَمَة المستأجرة.

الشَّرْحُ

الحديث تقدم، ولما تقرر أن زوائد المرهون كلها للراهن عينًا كانت أو منفعة، وكان التصرف في العين الزائدة جائزًا مطلقًا؛ لكونه لا يضرُّ بالمرتهن لم يتعرَّض له المصنف، وذكر هنا التصرف في المنافع وفي العين المرهونة؛ لأنه قد يضرُّ، وقد لا يضر، وحُكم بجواز ما لا يضر، والحديث كما دلَّ على ملك العين الزائدة يدلُّ على جواز انتفاع الراهن.

وقوله: «ولأنه لم يدخل في العقد»، أي: لما تقرر، ولا يضر بالمعقود له؛ لأن الفرض كذلك؛ فيبقى على ملكه وتصرفه الخلاف فيه مع أبي حنيفة(١) وغيره كما قدمناه، وقياسه على خدمة الأَمَة المزوجة، ووطء الأمة

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٣/١٤٩).

المستأجرة قياس صحيح، ومقصود المصنف هنا ملك ⇑ [٢/١٣٦ب] الراهن لذلك، وأما كونه يستوفيه بنفسه أو بغيره، فسنذكرهُ.



قال:

ويحل له أن يستوفي ذلك بالإجارة والإعارة، وهل له أن يستوفي ذلك بنفسه؟ قال في «الأم»: له ذلك، وقال في الرهن الصغير: لا يجوز؛ فمن أصحابنا من قال: فيه قولان؛ أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لا يؤمن أن يجحد، فيبطل حق المرتهن، والثاني: يجوز، وهو الصحيح؛ لأن كل منفعةٍ جاز أن يستوفيها بغيره، جاز أن يستوفيها بنفسه؛ كمنفعة غير المرهون.

ودليل القول الأول: يبطل به إذا أكراهُ من غيره؛ فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجور، ومنهم من قال: إن كان الراهن ثقة جاز؛ لأنه يؤمن أن يجحد، وإن كان غير ثقة لم يجز؛ لأنه لا يؤمن أن يجحد، وحمل القولين على هذين الحالين.



لا خلاف أن له أن يؤجر أو يُعير، والمنصوص في الكتب الجديدة: جواز استيفائه بنفسه أيضًا، وفي الرهن الصغير والرهن القديم لا يجوز[١].

وقال الماوردي[٢] والمتولي: «إن الصحيح أنها ليست على قولين، بل على اختلاف حالين»، كما ذكره المصنف آخرًا.

ولا فرق في ذلك على سكنى الدار، واستخدام العبد، إلَّا أن السكنى تكون ليلًا ونهارًا، والاستخدام نهارًا، ويرجع في الليل إلى يد من هو تحت يده، وكذا الدابة.

---

(١) انظر: الحاوي (٦/ ٢٠٥).

(٢) الحاوي (٦/ ٢٠٥).

والمشهور: أن الانتفاعات إذا أحوج استيفاؤها إلى إخراجه من يد من هو في يده جاز، وعن رواية صاحب «التقريب» قول قديم: «أنه لا يخرج من يد المرتهن أو العدل»[1].

وللراهن استكساب العبد في يد المرتهن إن تيسر، وإن لم يتيسر إلَّا بإخراجه أخرج على المشهور، وإذا أراد أن يؤجرها، فله أن يؤجرها مدة لا تزيد على محل الدين، فإن أجر زائدًا على محل الدين، فسيأتي في كلام المصنف.

وإذا صححنا حيث يحل الدين بعد انقضاء مدة الإجارة أو منعها، فحلَّ قبل انقضائها لموت الراهن **فوجهان؛ أحدهما**: ينفسخ الإجارة، وعليه لحق المرتهن؛ لأنه أسبق، ومضارب المستأجر بالأجرة المدفوعة مع الغرماء.

والثاني - وهو اختيار ابن القطان: أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الإجارة كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة؛ ليستوفي المعتدة حق السكنى جمعًا بين الحقين، وعلى هذا يضارب المرتهن بدينه الحال، فإذا انقضت المدة وبيع المرهون قضى باقي دينه، فإن فضل شيء، فللغرماء، ولو أجر والدين حال لم يصح في الأصح، هذا إذا أجَّر لغير المرتهن فلو أجره جاز، ولا يبطل الرهن، وكذا لو كان مستأجره، فرهنه عنده جاز كما تقدم أول الباب، ولو أجره قبل القبض ثم سلمه عنهما، أو عن أحدهما[2]، فقد ذكره المصنف أول الباب.

* * *

(١) انظر: كفاية النبيه (٩/ ٤٣٠).

(٢) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٧٥).

فائدة:

نقل المصنف وغيره عن الرهن الصغير: أنه لا يجوز للراهن أن يستوفي المنفعة بنفسه، ونقله غيره عن القديم أيضًا كما قدمناه، وكذا نقله الروياني عن الرهن الصغير والرهن القديم، واقتصر الرافعي على نقله عن القديم، ونقل مع ذلك القول الذي نقله صاحب «التقريب» عن القديم: «أنه لا يخرجه من يده»[١]، وطالعت الرهن الصغير فلم أجد فيه إلَّا قول الشافعي، وإذا دفع الراهنُ الرهن إلى المرتهن أو إلى العدل، فأراد أن يأخذه من يده لخدمةٍ أو غيرها فليس له ذلك. انتهى. وهذا يوافق ما نقله صاحب «التقريب»، ويمكن أن يكون هو مراد المصنف، وكل من اقتصر على نقله، أي: لا يجوز أن يستوفي بنفسه، حيث ينفرد باليد؛ لما فيه من إخراجه من يد المرتهن أو العدل.

أما الرافعي؛ فقد جمع بين القولين، ومقتضى ذلك: أن لنا قولًا أنه لا يستوفي بنفسه، وإن كان في يد المرتهن، وتجوز الإجارة والإعارة، وهذا لا معنى له إلَّا أن يُقال: إن ما نقله صاحب «التقريب» معناه أنه لا يخرج من يد المرتهن أو العدل بحال لا للراهن ولا لمستأجر ولا لمستعير، والذي في الرهن الصغير إنما هو منع أن يخرج للراهن، وهذا هو الظاهر، وبه يتبين أن باقي الرهن الصغير ليس مانعًا من الانتفاع في يد [٢/١٣٧] المرتهن أو العدل، وإن ذلك غير ممنوع بلا خلاف بنفسه ولغيره، وإنما الممتنع إخراجه من يده، والخلاف بين القولين في تحقيق من يمتنع الإخراج إليه، فعلى قول الراهن، وعلى قول مطلقًا.

والمشهور خلاف القولين، وأنه لا يمتنع إذا دعت الحاجة إليه، فليقطع

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٣).

الناظر بذلك، وليحمل كلام المصنف وغيره عليه، وقول المصنف: ودليل القول الأول يبطل به إذا أكراه، هكذا رأيتهُ في نسختين؛ إحداهما: بخط القاضي مُجلى، ولعله يبطل بما إذا أكراه، فإنه أحسن، وإن كان ذلك المعنى أيضًا يصحُّ على بُعدٍ.

واعلم، أن المستعير والمستأجر إن كان هو المرتهن فذاك، وإلَّا فقد قيد صاحب «الاستقصاء» وغيره بأن يكون ثقة، وفي كلام الرافعي شيء من ذلك، وهذا لا بدَّ منه إذا كان يستدعي إخراجه ممن اتفقا على وضعه تحت يده، وإذا كان للمرتهن إخراجه من عند العدل إذا تغير حاله، فلأن يمنع من إيجاره وإعارته من غير العدل أولى، وينبغي ألا يكون في ذلك خلاف، وإذا ثبت هذا، فينبغي إذا كان الراهن غير ثقةٍ لا يجب تسليمه إليه قولًا واحدًا، وبهذا يترجح طريقة تنزيل النصَّين على اختلاف حالين، وليس للثانية اتجاه إلَّا أن يكون محلها فيما إذا كان ثقة.

ويوجه المنع: بأنه لا يجب على المرتهن الرضا بيده، وفي «الانتصار» عن الشاشي ما يقتضي ذلك؛ فإنه قال في استخدام العبد تفصيل: إن كان الراهن ثقة؛ جاز في أصح القولين، وإن كان غير ثقة لم يجز قولًا واحدًا، بخلاف سكنى الدار؛ لأن العبد يمكن إخفاؤه، والدار لا يمكن إخفاؤها، هكذا حكاه الشاشي منهما.

وعندي: لا أثر لهذا الفرق؛ لأنه يمكن إنكار الرهن انتهاء، والاعتراض في الفرق بين العبد والدار، وأما القطع بالمنع في غير الثقة فلم يعترض عليه، ويكون محل الخلاف في الثقة كما أشرنا إليه، ولفظ الشافعي في «الأم» في باب زيادة الرهن، «وإن أراد سيده أن يختدمه؛ خُلِّي بينه وبينه، فإذا كان في الليل آوى إلى الذي هو على يديه»[1].

---

(١) الأم (٣/ ١٦٧) بمعناه.

واعلم أيضًا: أن غير الثقة يُخْشَى منه الجناية على الرهن، وهذا عام في الراهن وغيره، ويُخشى منه جحود الرهن، وهذا خاص بالراهن، ويمكن الاحتراز عنه بالإشهاد عليه.

فائدة أخرى:

قال في «الروضة»: «إن أراد استيفاءها بنفسه، قال في «الأم»: له ذلك، ومنعه في القديم، فحمل حاملون الأول: على الثقة المأمون جحوده، والثاني: على غيره.

وقال آخرون: هما قولان مطلقًا، وهذا أصح.

قلت: المذهب جوازه مُطلقًا»(١). انتهى.

وقوله: «المذهب جوازه مطلقًا» يقتضي جوازه من الثقة وغيره، وهو مشكل لما قدمناهُ، وكلام الأصحاب لا يقتضيه.

وقوله: «وهذا أصح» يقتضي أن طريقة القولين أصح، وعبارة الرافعي: «وأجراهما مُجرون قولين مُطلقين، ووجهوا الثاني بما يُخاف من جحوده وجنايته لو سلم إليه، والأول بأن ما له استيفاؤه بغيره له استيفاؤه بنفسه، ويُشبهُ أن يكون هذا أظهر، ويتفرع عليه إن وثق المرتهن بالتسليم فذاك، وإلَّا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للانتفاع.

فإن كان مشهور العدالة موثوقًا به عند الناس، فوجهان؛ أشبههما: أنه يكتفي بظهور حاله، ولا يكلف الإشهاد في كل أخذةٍ؛ لما فيه من المشقة»(٢) انتهى.

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٨٠).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٤٩٣) بمعناه.

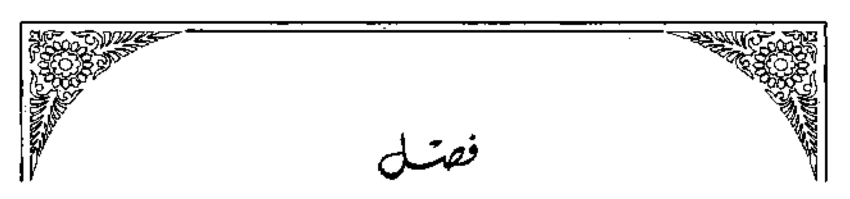
ومراده بقوله: ويشبهُ أن يكون هذا أظهر القول، بأن له استيفاءه بنفسه كما صححه المصنف، ولم يرد ترجيح طريقة القولين، [٢/١٣٧ب] كما فهمه النووي، ويدل لإرادته هذا ما قبله مما أسقطه النووي من التوجيه، وما بعده من التفريع.

قال الرافعي: «ويزداد في أخذ الجارية للاستخدام نظر آخر، وهو أن الراهن إنما يمكن منه إذا أمن من غشيانه إياها، بأن كانت محرمًا له أو كان ثقةً وله أهل كما تقدم نظيره»[1].



(١) فتح العزيز (٤/٤٩٣).

قال:



فصل

[في عدم الإضرار بالمرتهن]

وأما ما فيه ضرر بالمرتهن؛ فإنه لا يملك؛ لقوله ﷺ: «لَا إِضْرَارَ وَلَا ضِرَارَ».

الشَّرْحُ

هذا الحديث في «مسند الشافعي»[1] من كتاب اختلاف مالك والشافعي، رواه عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال: **«لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ»**، وهكذا هو في «الموطأ»[2] مرسلًا، وقال ابن عبد البر: «لم يختلف على مالك في إرساله، ورُوي مسُندًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن أبي سعيد الخدري، وأُسندَ من وجوهٍ، ولا يُسند من وجهٍ صحيح»[3] انتهى.

وقد أسنده ابن ماجه والدارقطني؛ أما ابن ماجه، فرواه من طريق إسحاق ابن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت عن عبادة[4]، وأظن إسحاق لم يُدرك عبادة، فإن وفاة عُبادة سنة أربع وثلاثين من الهجرة، ووفاة إسحاق

(١) مسند الشافعي (ص٢٢٤) بمعناه.

(٢) الموطأ (٢/ ٧٤٥ رقم ٣١).

(٣) التمهيد (٢٠/ ١٥٨) بمعناه، وانظر: جامع العلوم والحكم (٢/ ٢٠٨).

(٤) السنن (٢٣٤٠).

سنة إحدى وثلاثين ومائة؛ فهو إذن منقطع.

ورواه ابن ماجه أيضًا مسندًا من حديث ابن عباس بسند فيه ضعيف[١]، ومن حديث أبي صِرْمَةَ بلفظ: «**مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ**»[٢]، وهذا اللفظ في «سنن أبي داود»[٣] أيضًا، والترمذي، وقال: «حسن غريب»[٤]، وهو يؤدي معنى الحديث الأول.

وأما الدارقطني، فإنه أسنده من حديث عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري، أن النبي ﷺ قال: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ**[٥] **ضَارَّ ضَرَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ**»[٦]، وقال الشيخ تقي الدين بن الصلاح رَحِمَهُ اللَّهُ: «أسنده الدارقطني من وجوه، ومجموعها يقوي الحديث ويحسنه، وقد تقبله جماعة أهل العلم، واحتجوا به»[٧].

وقال أبو داود السجستاني: «الفقه يدور على خمسة أحاديث؛ «**الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ**»، و«**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»، و«**الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ**»، و«**الدِّينُ النَّصِيحَةُ**»، وحديث: «**مَا نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ، فَاجْتَنِبُوهُ وَمَا أَمَرْتُكُمْ بِهِ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ**»[٨].

قال ابن الصلاح: «قول أبي داود: إنه من الأحاديث التي يدور الفقه

---

(١) السنن (٢٣٤١).

(٢) السنن (٢٣٤٢).

(٣) سنن أبي داود (٣٦٣٥).

(٤) السنن (١٩٤٠).

(٥) في المخطوطة: «ومن». والإصلاح من مصدر الحديث.

(٦) السنن (٣٠٧٩).

(٧) انظر: جامع العلوم والحكم (٢/ ٢١١).

(٨) انظر المصدر السابق (١/ ٦٣).

عليها» مشعر بكونه غير ضعيف»[١]، وذكر النووي هذا الحديث في تصنيف له لطيف يُسَمَّى: «رؤوس المسائل» و«تحفة طلاب الفضائل»، ونقل ما ذكرنا عن أبي داود، وابن عبد البر، وابن الصلاح، وقال: قال الشيخ: قوله: «**وَلَا ضِرَارَ**»، هو بكسر الضاد على مثال: ضِراب وقِتال، وغلب على ألسنة كثير من الفقهاء والمحدثين، وفي كتبهم: «**وَلَا إِضْرَارٍ**» بهمزة مكسورة قبل الضاد، ولا صحَّة لذلك، ومن أحسن ما فرق به بين «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**» أن لا ضرر فيه، نفي أن يضر بجاره مثلًا بما له فيه منفعة مثل أن يضعَ على حائط جاره خشبة ويبني فوقها.

وأما لا ضِرَار؛ ففيه نفي لما يُسَمَّى مضارة، مثل: أن يضرَّ بجاره بما لا منفعة له فيه؛ كصاحب الحائط إذا منع الجار من أن يضع على حائطه خشبة من غير بناء، ومن غير ضرر، هذا كلام الشيخ تقي الدين.

والمشهور في كتب الحديث: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**»، بغير همز في أوله، وجاء في «موطأ مالك» من رواية عبد الله بن بكر: «**وَلَا إِضْرَارٍ**» بالهمز في النسخ التي حضرت، وكذلك هو في الحكاية التي تقدمت عن أبي داود بالهمز، وإثباتها هو المشهور في كتب الفقه، بل لا يوجد فيها، أو لا يكاد يوجد إلَّا بالهمزة، هذا كلام النووي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال النووي أيضًا في كتاب «بستان العارفين» من تصنيفه عن ابن الصلاح في الأحاديث التي عليها مدار الإسلام: «حديث: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ**» هو حديث حسن»[٢].

* * *

(١) انظر: جامع العلوم والحكم (٢/ ٢١١).

(٢) بستان العارفين (ص١٦، ٢٠).

قال:

فإن كان المرهون مما ينقل، فأراد أن ينتفع به في السفر، أو [يركبه من][(١)] يسافر به لم يجز؛ لأن أمر السفر لا يوثق به، فلا يؤمن أن يؤخذ، فيدخل على المرتهن الضرر.

الشَّرحُ

هذا لا خلاف فيه، طويلًا كان السفر أو قصيرًا، وقد يتوهم أن المصنف ما منع السفر، وإنما منع الانتفاع بالرهن فيه، وليس كذلك؛ بل السفر بالرهن مطلقًا ممنوع إلَّا لحاجة الرعي، كما إذا كان الرهن ماشية، وهي في بادية فأجدب موضعها، فإن [٢/١٣٨] رضي المرتهن أن ينجع بها مالكها، وإلَّا أجبر أن يضعها على يد عدل ينجع بها إذا طلب مالكها، نص عليه، وقال: «وليس لصاحبها إخراجها من البلد إلَّا من ضرورة، ولو أراد المرتهن النجعة لم يكن له إلَّا من ضرورة، ولو كانت الأرض مخصبة وغيرها أخصب منها؛ لم يُجْبَر واحد منهما على نقلها، فإن أجدبت فاختلفت نجعتهما إلى بلدين مشتبهين في الخصب، فإن اتفقا وإلَّا جُعِلَت على يد عدل في البلد الذي ينجع إليه ربُّ الماشية لينتفع برِسلها»[(٢)]. انتهى.

فأراد المصنف التنبيه على أن الممتنع: هو السفر للانتفاع به، قال الشافعي: «وإن أراد سيده إخراجه من البلد لم يكن له إلَّا بإذن المرتهن، وكذا إن أراد المرتهن إخراجه من البلد لم يكن له»[(٣)].

---

(١) في المطبوع من المهذب: «يكريه ممن».

(٢) الأم (٣/ ١٦٧) بمعناه.

(٣) انظر المصدر السابق.

وقال الجرجاني: إن انتفع بالدابة المرهونة، انتفع بها داخل البلد وما حوله من الأماكن القريبة دون الأماكن البعيدة؛ لئلا يزول سلطان المرتهن عنها. انتهى.

وهذه العبارة جيدة، فيها تقييد لقول الشافعي: أنه لا يخرجه من البلد، ويستفاد منه أن الإبعاد عن البلد ممتنع، وإن لم يكن على قصد السفر، وربما يُستفاد منه: أن الخروج من البلد إلى الأماكن القريبة لا يُسَمَّى سفرًا، وإن كنا نقول: عند قصد السفر تثبت أحكامه لمفارقة البلد، وكذلك صرح المتولي أنه يجوز للراهن إخراج الماشية إلى الصحراء للرعي إذا كان الزمان زمان أمن، فإن أراد البُعد عن العمران منعه إلَّا إذا أجدبت تلك البقعة، فعلى ما سبق.

وذكر الأصحاب في علة امتناع السفر؛ حيث يمنعه ما فيه من الخطر والحيلولة القوية من غير ضرورة، قالوا: «ولمثل هذا منع زوج الأمة من المسافرة بها، وإنما جاز لسيدها أن يسافر بها لحقِّه المتعلق بالرقبة، ولئلا يتكاسل في تزويجها، ويجوز للحر والرقيق إذا أذن سيده سبيله أن يسافر بزوجته الحرة؛ رعاية لمصالح النكاح التي لها فيها الحظ الوافر»[1].

فرع قال في «الوسيط»: «لو أمكن استكساب العبد في يد المرتهن لم ينتزع من يده، وإن لم يحسن إلَّا الخدمة انتزع نهارًا ورد ليلًا»[2]، وهذا يدل على أنه لا ينتزع إذا أمكن استكسابه، وإن طلب الراهن الخدمة.

قال الرافعي: «ولم يتعرض الأكثرون لذلك، وقضية كلامهم: أن له أن

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٣) بمعناه.

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠١).

يستخدم مع إمكان الاستكساب»[١].

قال النووي: «كلام الغزالي محمول على موافقة الأصحاب، وقد ذكرت تأويله في «شرح الوسيط»»[٢]، والذي ذكره في «شرح الوسيط» أنه يمكن حمله على موافقة الجماعة، ويكون مراده: أن العبد إذا كان له صنعة، وأراد السيد أن يعمل تلك الصنعة تحت يده لم ينتزع، بل يعمل ملك الصنعة في يد المرتهن، فإن كان لا يحسن إلَّا الخدمة، أو كان يحسن الصنعة، ولم يرد السيد إلَّا الاستخدام انتزع بها. والله أعلم.

فرع ذكرنا أنه يرد ليلًا أعني العبد. قال ابن الرفعة: «ولا يجب في جميع الليل، بل في الوقت الذي جرت العادة بالراحة فيه؛ لأن الشافعي نص في البويطي في الأمة المزوجة أنها تترك بعد ثلث الليل[٣].

فرع لا تزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن للانتفاع؛ لأن ملك المشتري غير مستقر، وملك الراهن مستقر، وهل يستكسب في يده للمشتري أو تعطل منافعه؟ فيه خلاف للأصحاب، قال النووي: «الأرجح استكسابه»[٤].

فرع إذن الراهن للعبد المرهون في الحج، فإن لم يمكنه إلَّا بمفارقة البلد لم يجز، فإن أحرم انعقد إحرامه، وللمرتهن منعه، وإن كان

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٣).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٨١).

(٣) انظر: المهمات (٥/ ٣٥٢).

(٤) روضة الطالبين (٤/ ٨٢).

لا يفارق بلد المرتهن، ويعلم إحلاله قبل حلول الدين جاز، وإلَّا فلا يجوز قاله الروياني[١].



(١) بحر المذهب (٥/ ٢٨٧) بمعناه.

قال:



وإن كان ثوبًا لم يملك لُبْسه؛ لأنه ينقص قيمته.



الشرح

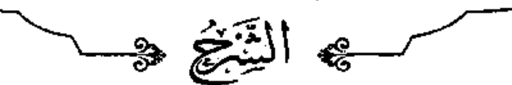
هذا محمول على الغالب، وقد صرح الرافعي بجواز اللبس إذا لم ينقص[١].

* * *

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٢).

قال:

وإن كانت أمَة لم يملك تزويجها؛ لأنه ينقص قيمتها.



الشرح

قال أبو حنيفة: «يجوز له التزويج»[١]، وعندنا: لا يجوز، سواء أكانت حال الرهن خلية أم مزوجة، ثم طلقت طلاقًا بائنًا، وأراد السيد إعادتها أو تزويجها من غيره، قاله الماوردي[٢]؛ لأن الأول قد ارتفع، فلو كان الطلاق رجعيًّا فللزوج الرجعة، ولا يجوز تزويج العبد.

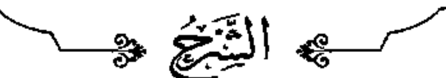
* * *

(١) النتف في الفتاوى (٢/ ٦١٠) بمعناه.

(٢) الحاوي (٦/ ٧٠).

قال:

وهل يجوز وطؤها؟ ينظر منها؛ فإن كانت ممن يحبل لم يجز [٢/١٣٨ب] وطؤها؛ لأنه لا يُؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها، أو تبطل الوثيقة باستيلادها، وإن كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر، ففيه وجهان:
قال أبو إسحاق: يجوز وطؤها؛ لأنا قد أَمِنَّا الضرر بالإحبال، وقال أبو علي ابن أبي هريرة: لا يجوز؛ لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع؛ فمنع من الجميع، كما قلنا في شُرب الخمر لمَّا لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع، وإذا منعنا من الوطء منعنا من الاستخدام؛ لأنه لا يؤمن أن يطأها، وإذا لم يمنع من الوطء؛ جاز الاستخدام.


الشَّرح

منع وطء مَن تحبل لا خلاف فيه، والوجهان فيمن لا تحبل إذا كانت ثيبًا، ولا يضرها الوطء حكاهما الأصحاب.

والأكثرون وافقوا ابن أبي هريرة[١]، وتحرر الوجهان فيما إذا كانت حاملًا من الزنا؛ لأنه لا يخاف من وطئها الحبل، نعم، غشيان مثل هذه المرأة مكروه على الإطلاق، وقيل: حرام، وسَوَّى المصنف والأصحاب بين الصغيرة والكبيرة، ويمكن أن يقال: جريان الوجهين في الكبيرة ظاهر، أما بنت ست سنين مثلًا، ونحن نقطع بأنها لا تحبل فما وجهه؟ والسن متميز، ألا ترى أنا نضبط البلوغ بتسع، فقول أبي إسحاق في الصورة التي

(١) انظر: بحر المذهب (٥/ ٢١٤)، والبيان (٦/ ٦٥).

فرضناها متجه، ولا يظهر لقول ابن أبي هريرة اتجاه فيها إلّا أن الأصحاب ألحقوا هذا الحكم بالعدة، فلم يفرقوا بين الصغيرة والآيسة لذلك.

وقد قيَّد ابن أبي عصرون في «الانتصار» محل الخلاف، فقال: هذا إن كانت ممن لها تسع سنين فما زاد، أما من لم تبلغ التسع، فإنها لا تَمنع مَن وَطِئها إلّا أن يُخاف منه الضرر، وهذا التقييد الذي قاله جيِّد، وهو من عنده، وليس نقلًا عن الأصحاب[1]، ولو كانت بكرًا امتنع وطؤها بلا خلاف، وإن كانت في سن لا تحبل؛ لأن الافتضاض ينقص قيمتها، كذا أطلقوه، وهو محمول على ما إذا كان الوطء يزيل البكارة، وهو الغالب فلو كانت عوراء يمكن الوطء مع بقاء البكارة، فيظهر أنه على الوجهين، ولو كانت ثيبًا في سن لا تحمل، ولكن الوطء يضر بها فيمتنع أيضًا، ولا يُجرى الوجهان، فلو خالف ما ذكرناهُ ووطئ؛ عُزِّر، ولا حد ولا مهر، ولكن عليه أرش البكارة إذا افتض.

أما أنه لا حد ولا مهر؛ فلأنه أصاب ملكه، ويخالف ما لو وطئ المكاتبة؛ حيثُ يغرم المهر لها؛ لأن المكاتبة قد استقلت، واضطرب الملكُ فيها أو زال؛ ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها، ولو وطئ المرهونة أجنبي كان المهر للسيد.

وأما وجوب أرش البكارة؛ فلأن الافتضاض إتلاف جزء، ثم إن شاء جعله رهنًا، وإن شاء صرفه إلى أداء الدين، وإذا لم يحبلها فهي رهن بحالها، وإن أولدها فسيأتي في كلام المصنف بشرحه إن شاء الله تعالى.

وحيثُ منعنا الراهن من الوطء؛ فليس له أن يقول: أطأ وأعزل؛ لأن الماء قد سبق، وهذا الكلام في الراهن، أما الزوج إذا كانت المرهونة من وجه،

---

(١) في هامش المخطوطة: «نقله الشيخ أبو حامد عن الأصحاب»، وذكر «لفظه في الغنية».

فيجوز له وطؤها بلا خلاف.

فائدة:

ما ذكرناه من وجوب أرش البكارة لم يذكروا فيه خلافًا، وكذلك لو كانت ثيبًا فأفضاها، أو نقصت قيمتها بالوطء، ولنا خلاف فيما إذا وطئ أَمَة الغير مطاوعة، وقلنا: لا مهر لها بسبب البغي، وكانت بكرًا أنه هل يجب أرش البكارة؟

قال ابن الرفعة: فيجب طرد الوجه فيما نحن فيه، أما إذا لم تكن مطاوعة، فسقوط أرش البكارة إذا قبل به لاندراجه تحت المهر؛ فالفرق بينه وبين ما نحن فيه ظاهر.

فرع لو مات الراهن ووارثه ابنه وهو دون سن الاحتلام، هل يمكن من وطئها؟ قال ابن الرفعة: يظهر جريان الوجهين.

فرع [٢/١٣٩] ⇑ قول المصنف: وإذا منعنا الوطء منعنا الاستخدام، وإذا جوزناه جاز، ينبغي أن يحمل على استخدام يستلزم أخذها من يد المرتهن، أو العدل، ويكون موافقًا لما قدمناه عن الرافعي.

وأما الاستخدام الذي لا يستلزم خلوة، فلا يظهر منعه، سواء أمنعنا الوطء أم لا، وعبارة الماوردي صريحة في أن الممتنع إنما هو الخلوة، فإنه قال: «**إن قلنا**: إنه غير ممنوع من الاستمتاع جاز أن يخلو بها في الاستخدام، ثم هذا إنما يكون في غير المحرم، أما المحرم فوطؤها ممنوع، ولا يستلزم منع استخدامها؛ لأن الخلوة بها جائزة.

وإن قلنا: إنه ممنوع من الاستمتاع لم يجز أن تخلو بها في

الاستخدام»[١].

واقتضى كلامه أيضًا: أن حكم الوطء وسائر الاستمتاعات سواء، وهو كذلك، ومن المعلوم: أن الكلام هنا فرع رهن الجواري، وقد تقدم وجه في الحسناء؛ فالكلام هنا في غيرها، ومنها على الصحيح.



(١) الحاوي (٦/ ٢١٥).

قال:

وإن كانت أرضًا، فأراد أن يغرس فيها أو يبني لم يجز؛ لأنه يراد للبقاء، وينقص به قيمة الأرض عند القضاء، فإن خالفَ فغرس أو بنى والدَّين مؤجل لم يقلع في الحال؛ لأنه يجوز أن يقضي الدين من غير الأرض، وربما لم تنقص قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن الدَّين، فلا يجوز الإضرار بالراهن في الحال لضرر متوهم [بالمرتهن][1] في باني الحال، فإن حلَّ الدين ولم يقض [وعجزت][2] قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع.



المنع من الغراس والبناء مطلقًا، سواء أكان الدين حالًّا أم مؤجلًا هو الصحيح المشهور، وفي «النهاية»[3] وجه: «أنه يجوز إن كان الدين مؤجلًا كما لا يقلع ما نبت من حميل السيل»، والصحيح: الأول؛ لأنه إحداث نقص في الحال على سبيل الاختيار، وحكى الغزالي في «الوسيط» الوجه الذي في «النهاية» عن الربيع، قال: «وذكر الربيع في الدين المؤجل وجهًا أنه لا يمنع من الغراس»[4]، والإمام حكاه عن الربيع في زرع ما يبقى بعد المحل، وقال: «إنه من تخريج الربيع»[5]، فجاء الغزالي وخرجه من الزرع إلى الغرس إلَّا أن يكون عنده نقل آخر، وسواء قلنا بالجواز أم بالمنع، فخالف وغرس أو بنى والدين مؤجل؛ فالأصح أنه لا يقلع في الحال لما قاله

---

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

(٢) في المخطوطة: «وعجز».

(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٧٣).

(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠٠).

(٥) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٢).

المصنف، وفيه وجه: أنه يقلع في الحال تفريعًا على الصحيح في منعه في الابتداء، وهو الذي أورده في «الوسيط»[1]؛ لأنه عرق ظالم بخلاف ما إذا حمل السيل النوى؛ فإنه لا يقلع في الحال قطعًا.

أما القلع عند المحل إذا لم يَفِ بالدين إلَّا به فيجب قطعًا، وكذا إذا غرس والدين حال يمنع قطعًا ويقلع في الحال قطعًا إذا طالب به المرتهن ولم تَفِ الأرض بدونه، وقد ذكرنا هذه المسألة عند رهن الجارية دون ولدها، ولم يذكر هناك الوجه الذي ذكرناه هنا أنه يقلع في الحال، ولا كونه يمنع من الغرس أو لا، ولو صار الراهن محجورًا عليه بالإفلاس.

فإن كان الغراس نبت من حميل السيل فلا قلع، وإن كان نبت من غرس الراهن الذي منعناه، ففي القلع وجهان؛ لأنَّا منعناهُ فخالف.



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠٠).

قال:

وإن أراد أن يزرع ما يضر بالأرض لم يجز، وإن لم يضرَّ بالأرض نظرت، فإن كان يحصد قبل محل الدين جاز، وإن كان لا يحصد إلَّا بعد محلِّ الدين، ففيه قولان؛ أحدهما: لا يجوز؛ لأنه ينقص قيمة الأرض، فيستضر به المرتهن. والثاني: يجوز؛ لأنه ربما قضاه الدين من غير الأرض، وربما وفت قيمة الأرض مع الزرع بالدين، فلا يمنع منه في الحال.

الشَّرْحُ

الزرع تارة يستوفي قوة الأرض فيضر بها، وينقص قيمتها، ولا شكَّ أن هذا ممنوع منه، سواء أكان يحصد قبل حلول الدين أم لا، ولا خلاف في ذلك، وإنما جاء الوجه المتقدم في الغراس من جهة المدة، فلو فرض أن الغراس ينقص قيمة الأرض بمعنى: استيفاء قوتها؛ لم يَأْتِ الوجه المذكور، بل يجزم بالمنع كما هنا، وأولى، [٢/١٣٩ب] أمَّا إذا كان الزرع لا يضرُّ بالأرض؛ فإن كان يحصد قبل محلِّ الدين جاز، ثم إن تأخر الإدراك لعارضٍ ترك إلى الإدراك، وإن كان بحيث لا يحصد إلَّا بعد الحلول؛ فقولان حكاهما المصنف والماوردي، وبناهما على بيع الأرض المزروعة إن منعنا بيعها منعناهُ الزرع، فإن زرع لم تقلع قبل المحل، فإذا حلَّ يقلع، إلَّا أن يختار المرتهن تأخيره إلى الحصاد، وإن جوزنا بيعها، فله الزرع.

فإذا زرع وحلَّ الحق والزرع قائم فإن قضاه فذاك، وإلَّا بيعت الأرض، فإن كان في بيعها مزروعة دون الزرع وفاء لم يقلع الزرع، وإلَّا قلع إلَّا أن يجد من يشتريها بحقِّه على أنه يقلع الزرع، ثم يقر المشتري الزرع في أرضه إن شاء تطوعه.

وقال الإمام: «المذهب أنه لا يجوز الزرع، وحكى الجواز عن الربيع، وقال: إنه من تخريجه كما قدمناه»[1]، وليس كما قال، بل هو منصوص عليه، ولفظه في «الأم»[2] صريح في القولين كما ذكره المصنف؛ فإنه قال: «وإذا كان الرهن أرضًا لم يمنع الراهن من أن يزرعها الزرع الذي يحل قبل محلِّ الحق أو معه، ومما ينبت من الزرع بعد محلِّ الحقِّ **قولان؛ أحدهما**: أن الراهن يُمنع في قول من لا يجيز بيع الأرض مزروعةً دون الزرع من زرعها ما ينبت فيها بعد محل الحق.

والقول الثاني: لا يمنع من زرعها بحال، ويمنع من غراسها وبنائها إلَّا أن يقول: أنا أقلع ما أحدث إذا جاء الأجل، فلا يمنعه».

ووجه المنع عند عدم الوعد: أنه لا يمكن قلع غراسه وبنائه من أرضه بغير رضاه وفي إبقائه تنقيص لقيمة الرهن، فمنع منه؛ كالوطء في حقِّ من تحبل ونحوه. انتهى.

وهو تصريح بما قاله المصنف، وبما قاله الماوردي من البناء على البيع[3]، ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز أصح؛ لأن الأصح جواز بيع الأرض المزروعة.

والرافعي قال: «إنه يمنع، وعن الربيع حكاية قول: إنه لا يمنع، ولهذا التفات إلى أن الأرض المزروعة هل يجوز بيعها؟»[4].

فاقتضى صدر كلامه ترجيح المنع؛ ولذلك قال في «الروضة»: «إنه

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٢) بمعناه.

(٢) الأم (٣/ ١٦٨) بمعناه.

(٣) الحاوي (٦/ ٢٠٦).

(٤) فتح العزيز (٤/ ٤٩٢) بمعناه.

المشهور»[1]، وهو الأقوى؛ لنقصان الرغبة في الأرض المزروعة.

وينبغي أن يرتب الخلاف على بيع الأرض المزروعة إن منعناه امتنع الزرع، وإلَّا **فوجهان؛ أصحهما**: المنع؛ لما ذكرناه.

وقد اقتضى كلام الشافعي هذا: أنه متى وعد، فقلع الغرس لا يمنع منه، وهذا عجيب؛ لأنه قد لا يفي بوعده، ولم أرَ الأصحاب تعرضوا لذلك إلَّا الروياني؛ فإنه قال في «البحر»: «ولو قال: أقلعه وأنقضه إذا حلَّ الحق لا يمنع منه، إلَّا أن تنقص قيمته بذلك فمنع»[2]. انتهى.

وليت شعري! ما فائدة ذلك؟ ونحن إذا منعناه وخالف نقلعه إذا حلَّ الحق شاء أو أبى، فوعده بالقلع ليس إلَّا ذكر حكم نحن نرهقه إليه، فالتجويز بهذا الوعد في معنى التجويز بدونه، وفيه تأييد لما حكاه الغزالي عن الربيع.

أما إذا كان الدين حالًّا، فقد جزم الرافعي وغيره بمنع الزرع[3]، كما جزموا بمنع الغرس والدين حال.

تنبيه:

قدمنا خلافًا في أن الراهن هل له أن يستوفي المنفعة بنفسه، وإطلاق ذلك يقتضي جريان خلاف في الزراعة؛ حيث نجوزها، لكن الماوردي قال: «إن له الزراعة قولًا واحدًا، بخلاف سكنى الدار؛ لأن للساكن يدًا على الدار؛ فجاز أن يمنع منه الراهن إلَّا بإذن المرتهن، وليس للزارع يد على الأرض، وإنما يده على الزرع، فلم يمنع منه الراهن»[4] انتهى.

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٨٠).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٣٠٧).

(٣) فتح العزيز (٤/ ٤٩٢).

(٤) الحاوي (٦/ ٢٠٥) بمعناه.

وهذا جيِّد وهو يؤيد ما قدمناه في أن المحذور على ذلك القول إنما هو إخراجه من يد المرتهن أو العدل لا الانتفاع به في يدهما؛ فإنه لا يمتنع قولًا واحدًا، وقول الماوردي: «إنه ليس للزارع يد على الأرض، وإنما يده على الزرع»[1] صحيح؛ ولذلك قال الأصحاب: يصح قبض الأرض [١٢/١٤٠] المزروعة في الأصح، وقوله: إن للساكن يدًا على الدار، قد يؤخذ منه أن الدار المستأجرة لا يصح قبضها إذا باعها في مدة الإجارة والمستأجر فيها.

فرع لو أراد أن يحدث فيها عينًا أو بئرًا، فإن لم ينقص ثمنها لم يمنع، وإن نقص منع، فإن عمل فلا يدفن عليه حتى يحل الحق، ثم يكون القول فيه القول في الذرع والغراس، نص عليه في «الأم»، قال: «هكذا كلما أراد أن يحدثه، ولا يكون ما أحدثه داخلًا في الرهن إلَّا أن يدخله، فإذا أدخله ولم ينقص لم يمنع، وإلَّا منع»[2].



(١) الحاوي (٦/ ٢٠٥).
(٢) الأم (٣/ ١٦٨) بمعناه.

قال:

وإن أراد أن يؤجر إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها لم يجز؛ لأنه ينقص قيمة الأرض، وقال أبو علي الطبري: فيها قولان؛ كزراعة ما لا يحصد قبل محل الدين.

الشرح

قال الماوردي فيما إذا أجر مدة أكثر من محل الدين «قولان من اختلاف قوليه في بيع الدار المؤجرة إن جوزناه جوزنا الإجارة، وإلَّا فلا.

فإن قلنا: الإجارة لا تجوز، فهي باطلة مما زاد، وفي الباقي قولًا خلاف تفريق الصفقة.

وإن قلنا: الإجارة جائزة، فإن لم توكس عن الرهن فهي لازمة في جميع مدتها، وليس للمرتهن الاعتراض، وإن كانت توكس بطلت، فما زاد والباقي على قولين، وسواء أرضي المرتهن فيما بعد أم لا»[1]. انتهى.

واعلم، أن الإجارة لا توكس قيمة العين، ولو فرضت لذلك لامتنعت، وإن كانت إلى مدة أنقص من محلِّ الدين، ولكن العين المستأجرة إنما تباع في زمن الإجارة بأوكس مما تباع به لو لم تكن مستأجرة، هذا هو الغالب، وقد يعرض أن المشتري يسامح بذلك، ويبذل فيها مستأجره ما كان يبذل فيها فارغة، لا سيما إذا قصرت مدَّة الإجارة، وكانت العين مرغوبًا فيها، فإذا فرض ذلك يصحُّ أن يقال: إن الإجارة لا توكس من ثمن الرهن، ويصحُّ تفصيل الماوردي، وإلَّا فيشكل.

---

(١) الحاوي (٦/ ٢٠٥) بمعناه.

وأما الرافعي فقال: «عن بعض الأصحاب فيما رواه ابن القطان بناء صحة الإجارة على القولين في جواز بيع المستأجر إن جوزناه صحّت، وإلّا فلا، والمشهور: بطلانها قطعًا، أما إذا لم يجوّز بيع المستأجر فظاهر، وأما إذا جوزناه فلأن الإجارة تبقى، وإن صح البيع وذلك مما يقلل الرغبة، ثم القائلون بالمنع لم يفصل الجمهور، وقال في «التتمة»: يبطل في قدر الأجل، وفي الزائد عليه قولًا تفريق الصفقة»[١]. انتهى.

وأما ما حكاه عن ابن القطان، فهو موافق لما قال الماوردي.

وأما قوله: «إن صححا البيع صحت الإجارة»، فمعناه: أنها تصحُّ في جميع المدة التي قبل محل الدين وبعده، وهو أحد القولين اللذين ذكرهما المصنف عن أبي عليّ الطبري.

وقوله: «والمشهور بطلانها قطعًا» هو الذي صدّر به المصنف كلامه، واقتصر عليه الأكثرون، ومعناه: أنها لا تصحُّ في جميع المدة.

وأما كونها تصحُّ في بعضها أو لا، فمسكوت عنه يأتي بيانه في كلامه، أعني: كلام الرافعي، وهكذا القول الآخر من القولين اللذين ذكرهما أبو عليّ الطبري، وقال أبو علي الطبري: إنه الأصحُّ، وهو كذلك: لأن الأكثرين قطعوا به.

وأما تعليل الرافعي له فيما إذا جوزنا بيع المستأجر بأن الإجارة تبقى، وإن صحَّ البيع، وذلك مما تقل الرغبة **فيقتضي شيئين؛ أحدهما**: أنا إذا قلنا بصحة الإجارة هنا نبقيها بعد حلول الدين وهو كذلك؛ ولذلك فرّق صاحب «الاستقصاء» وغيره بين الإجارة والزرع؛ بأن الحق في الإجارة للمستأجر، فلا يقدر الراهن على إزالته، والحقُّ في الزرع للراهن، فيقدر على إزالته.

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٤).

والشيء الثاني: أن فرض المسألة في إجارة تقلل الرغبة، وهذا قد اقتضى كلام الماوردي الذي قدمناه بطلانها في الزائد، وحينئذٍ يكون كلام الماوردي موافقًا لكلام الأكثرين، وتكون الصورة التي فرضها الماوردي فيما إذا لم توكس القيمة لم يتعرض لها الأكثرون، بل أجروا الكلام على الغالب، وكلام الرافعي يقتضي إثبات الخلاف مع تقليل [٢/١٤٠ب] الرغبة، وكلام أبي عليّ الطبري أشدّ اقتضاء لذلك، وسنحكيه وقول الرافعي، ثم القائلون بالمنع - أي: وهم الجمهور - الذين قطعوا بالبطلان لم يفصل الجمهور منهم، يعني: بين بعض المدة وبعض، بل أطلقوا البطلان، وفرّق صاحب «التتمة» قد عرفتَ أن الماوردي فرق أيضًا وهو الصواب، ويتعين حمل المطلقين عليه، وإنهم إنما قطعوا بالبطلان في الزائد؛ لأنه الذي فيه المعنى المحذور، أما الباقي قبل انقضاء الأجل فلا شك في تخريجه على قولي تفريق الصفقة؛ لعدم المحذور فيه، ألا ترى أنه لو اقتصر عليه جاز قطعًا، ومن هنا يتحصل في إجارة المدة الزائدة **ثلاثة أوجه؛ أحدها**: الصحة في الجميع.

والثاني: البطلان في الجميع.

والثالث: البطلان في الزائد، والصحة في الباقي، وهو الأصح.

فإن فرض أن الإجارة لا تنقص صحَّ في الجميع في الأصح، وقول الرافعي عن «التتمة»: «تبطل في قدر الأجل»[١]، وفي الزائد عليه قولا تفريق الصفقة، كذا وقع في الرافعي و«الروضة»[٢]، وهو سبق قلم، والذي في «التتمة»، ففيما جاوز قدر الأجل باطل، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة، ولو قلت: يصح في قدر الأجل، وفيما زاد قولان يصح أيضًا، ولكنهما ليسا

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٤). (٢) روضة الطالبين (٤/ ٧٤).

قولي تفريق الصفقة، بل القولان اللذان قالهما أبو علي الطبري مع القول بأن الصفقة تتفرق.

وحاصله: أن في قدر الأجل يصحُّ على الأصح، وفي الزائد **قولان؛ أصحهما**: المنع، وإن شئت تقول: لا يصح في الزائد في الأصح، وفي الباقي **قولان؛ أصحهما**: الصحة، وأما كلام أبي علي الطبري الذي أشار المصنف إليه، فقد رأيته في «الإفصاح»، قال بعد أن حكى عن الشافعي ما قدمناه في الزراعة، وقوله: «والثاني: أنه لا يمنع من زرعها بحال»، قال: فلذلك يجب قياسًا على هذا ألا يمنع من الإجارة الأكثر من مدَّة الحق، كما قال في الزرع؛ لأن حقه في رقبته لا في منفعته، والأصحُّ: أن ذلك لا يجوز فيهما؛ لأنه إن لم يمنع من بيعها على هذا القول، فإنه ينقص من ثمنها إلَّا أنه يمكن أن يُقال: إنه دخل فيها راضيًا بحكم الشرع فيما يكون من الانتفاع بها على حسب الحال، كما لا يمنع من وطء الجارية المرهونة، وإن خيف منه الإحبال. انتهى.

فأما قياسه على الزرع؛ فقد تقدم الفرق بأن الزرع يقلع إذا توقف قضاء الدين عليه بخلاف الإجارة، اللهم أن يقال: إن الزرع لا يقلع، أو إن الإجارة تفسخ، ولا أعلم من قال بذلك.

وقد صرَّح الماوردي[1] والرافعي[2] بقلع الزرع إذا احتيج إلى قلعه؛ لوفاء الدين، فإن وافق أبو علي الطبري على ذلك اندفع التخريج.

وقوله: «كما لا يمنع من وطء الجارية المرهونة وإن خيف منه الإحبال»، في غاية الإشكال؛ لأن المعروف أنه متى خيف الإحبال؛ امتنع الوطء

(١) الحاوي (٦/ ٢٠٦).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٤٩٢).

قطعًا، إلَّا أن يريد وطء الزوج الأمة المزوجة المرهونة، وكيف يريد هذا وهو لا يشبه ما نحن فيه في شيء، ولعلَّ أبا علي الطبري يوافق أبا إسحاق على جواز وطء مَن لا تحبل، ويكون قوله: «خيف الإحبال»؛ إشارة إلى أنه متوهم، وإن كان السن لا يقتضيه، ويكون يقول: «إذا جوزنا الزراعة» على هذا القول، فلا يقلع الزرع بخلاف ما قال الماوردي وغيره، ولكنه بعيد لما فيه من الإضرار بالمرتهن.

فإن قلتَ: المصنفُ قال: إن الإجارة لا تجوز.

وأنتَ قد قلت: إن الأصحَّ: أنها تصح في قدر الأجل دون الزائد؟

قلت: كلام المصنف مطلق مثل كلام الجمهور؛ فيحملُ على أنه لا يجوز في جميع المدة؛ فلا ينافي إجراء بعضها على قولي تفريق الصفقة، [٢/١٤١] أو يُراد أنه لا يحل الإقدام عليها، فلا ينافي الصحة وكلام أبي علي الطبري في مقابلتها يصح حمله على الحل، وعلى الصحة في الجميع كل منهما مُراد له، أما الصحة فلما قدمناهُ، وأما الحلُّ فكالزراعة على أحد القولين.

فرع هذا فيما إذا كان الدين مؤجلًا بأجل يحل قبل مضي مدة الإجارة، فلو كان حالًا؛ فقد سَوَّى الرافعي بينه وبين ما إذا كان مؤجلًا بأجل يحل قبل انقضاء مدة الإجارة[1]، والمقصود بذلك: أن يأتي فيه **وجهان**؛ **أصحهما:** البطلان.

والثاني: يجوز، وهو بعيد جدًّا إذا كانت تنقص القيمة، وكل ما منعناه فذلك إذا لم يأذن فيه المرتهن، فإن كان بإذنه جاز، وقد تقدَّم بعض الكلام في الإجارة قبل هذا بسبع أوراق.

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٤).

قال:

وإن كان فحلًا فأراد أن ينزيَه على الإناث جاز؛ لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن، فلم يمنع منه؛ كالركوب، وإن كان أنثى فأراد أن ينزي عليها الفحل نظرتَ؛ فإن كانت تلد قبل محل الدين جاز؛ لأنه لا ضرر فيه على المرتهن، وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز؛ لأنه يمكن بيعها، وإن كان يحل بعد ظهور الحمل.

فإن قلنا: إن الحمل لا حكم له جاز؛ لأنه يباع معها.

وإن قلنا: له حكم لم يجز؛ لأنه خارج من الرهن؛ فلا يمكن بيعه مع الأم، ولا يمكن بيع الأم دونه فلم يجز.



هذا الحكم عام في الإبل والبقر والغنم وغيرها من الحيوانات.

وقوله: يُنزيه هو بضم الياء وإسكان النون وكسر الزاي، ويجوز تشديدها مع فتح النون، وجواز إنزاء الفحل على الإناث، أطلقه الشافعي[١]، كما أطلقه المصنف، وهو محمول على ما إذا لم ينقص قيمته، فإن نقص لم يجز صرَّح به الغزالي[٢] والرافعي[٣] وغيرهما.

وجواز الإنزاء على الأنثى المرهونة بدين تلد قبل محله، لا خلاف فيه أيضًا، وهذا من الشافعي والأصحاب يدلُّ على أن الحمل في البهائم لا يُخشى منه كما يُخشى في الآدميات عند الولادة؛ فإنه لو كان يُخشى منه

(١) الأم (٣/ ١٦٨).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠٠).

(٣) فتح العزيز (٤/ ٤٩١).

لمنع منه لتعريضها للتلف بذلك، ويتأيد به أيضًا ما قيل في باب البيع من أن الحمل في البهائم ليس بعيب، والجواز فيما إذا كان الدين يحل قبل ولادتها، وقبل ظهور الحمل بها، قاله الرافعي أيضًا[١].

وإطلاق كلام الشافعي يشمله، والقطع بذلك يؤيد أن الحمل ليس بعيب؛ إذ لو كان عيبًا لم يفترق الحال فيه بين ظهوره وعدم ظهوره إذا تبين أنه كان موجودًا عند البيع، لكن إذا قلنا: إن الحمل يُقَابله قسطٌ من الثمن، فالذي يظهر: أنه لا فرق بين أن يكون ظاهرًا وقت البيع أو لا، وإن الحكم بالمقابلة موجود في الحالتين، وهذا في الآدميات ظاهر؛ فإنه لو باع جارية وأتت بولدٍ لأقل من ستة أشهر بلحظةٍ من حين البيع، ولم تكن حين البيع ظاهرة الحمل، فلا شك أنا نحكم بأن ولدها قابله قسط من الثمن على هذا القول.

أما البهائم فليس لمدة الحمل فيها تقدير شرعي؛ فإذا باع بهيمة لم يظهر بها حبل، ثم أتت بولدٍ كيف حكمه؟ وينبغي إذا عُلم بتصادقهما أو بطريق غيره إن كان موجودًا عند البيع يحكم بالمقابلة على هذا القول، وحيث حكمنا بالمقابلة أو بعدمها، فمتى حكمنا بأنه عيب وعلم وجوده عند العقد ينبغي أن يكون عيبًا، ويثبت به الرد، وإذا ثبت ذلك فيظهر أن للمرتهن المنع من الإنزاء على الأنثى إذا كان دينه يحل قبل ظهور الحمل؛ لأنه قد يُباع، ثم يظهر الحمل، فترد فيسترجع منه الثمن وَعُذر الأصحاب أن الحمل في [١٤١/ب٢] ⇑ البهائم ليس بعيب، والمقابلة لا أثر لها بالنسبة إلى المرتهن، نعم، إذا باع شاة أو جارية موصًى بنتاجها لغيره، ولم تكن ظاهرة الحمل، ثم تبين أنها كانت حاملًا عند البيع، وقلنا: الحمل له حكم، فيصير قد باع شاة أو جارية حاملًا بحمل لغيره، وهو لا يصح، ولا شك أن هذا يُضرُّ بالمرتهن إذا انتهى

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٢).

فساد البيع، ورجع عليه بالثمن، فينبغي أن يمتنع الإنزاء في هذه الحالة إذا قيل: للحمل حكم، ولم يذكره الأصحاب هنا، وقد ذكره المصنف والأصحاب فيما إذا كان الدين يحل بعد ظهور الحمل، وقبل الولادة، وقالوا: إن قلنا: الحمل لا حكم له جاز، وإلَّا لم يجز، قال ابن الرفعة: وهو يُفهم أنه إذا قلنا: يُعلم، وجوَّزنا استثناء الحمل، كما ذاك وجه في طريقة المراوزة أنه يجوز الإنزاء وفيه نظر؛ لأن ذلك ينقص القيمة، ولما ذكر الروياني؛ «أن الإنزاء على الأنثى يُبنى على أن للحمل حكمًا أم لا، قال: قال بعض أصحابنا: هذا على قول من قال من أصحابنا: الحمل في البهائم زيادة من كل وجه، فأما إذا قلنا: الحمل نقص في البهائم؛ لأنه يهزل اللحم يجب ألا يكون للراهن أن ينزي عليها بحال إلَّا بإذن المرتهن، وإن كان ظهور الحمل بعد محل الحق يجوز؛ لأنا لا ندري عند الحلول حملت أو لا»[١].

قلت: الذي قالهُ في الأول جيد، والذي قاله في الآخر يرد عليه ما سبق، وقال فيما إذا منعناه فخالف وأنزى عليها، فحملت أنها لا تباع، حتى تضع، ثم تباع الأم مع الولد؛ فَيُعْطَى المرتهن قيمة الأم حاملًا، وهذا قد سبق.

فرع لا فرق فيما ذكرناه بين أن يُنزي الفحل على إناثه أو إناث غيره، وقد قيَّد صاحب «الاستقصاء» الكلام في الإنزاء على الأنثى بما إذا كان في أوانه، فإن كان في غير أوانه لم يجز.



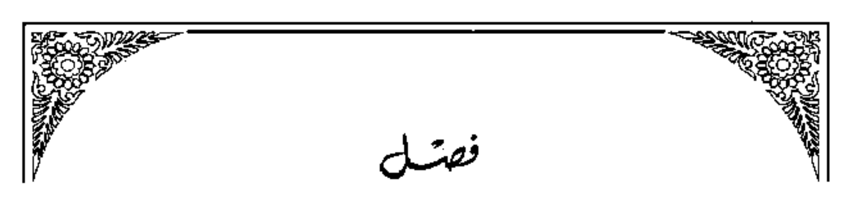
---

(١) بحر المذهب (٥/ ٣١٠ - ٣١١).

فرع إذا حلب الماشية، فيحلبها في وقت العادة، ولا يستقصي فيه استقصاء يُضرُّ بها، وجزُّ الصوف يكون في الزمان الذي لا يضر أخذهُ بالماشية ويأخذه جزًّا، ولا يأخذهُ حلقًا، ويُبقي منه بعد الجز ما يكون حافظًا للماشية، وهذا حيث لم نُدخل اللبن والصوف في الرهن، فإن أدخلناهما، فالحقُّ للراهن والمرتهن جميعًا، ولا يمنعان إلَّا مما يضر بالماشية لحقِّ الله تعالى.



قال:



فصل

[في التصرف في عين الرهن]

ويملك [الراهن][١] التصرف في عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن؛ كودج الدابة، وتبزيغها، وفصد العبد، وحجامته؛ لأنه إصلاح مال من غير إضرارٍ بالمرتهن.

الشرح

الفصلان المتقدمان في التصرف في المنافع الأول فيما لا يضر، والثاني فيما يضر، وهذا الفصل والذي بعده في التصرف في العين الأول فيما لا يضر، والثاني فيما يضر مجملًا، وبعده فصول في التفصيل.

و«ودج الدابة» بفتح الواو وسكون الدال: قطع ودجها بفتح الواو والدال معًا عرق في العُنق، وهو لها كالفصد للإنسان، يقال: ودج يدج ودجًا، مثل: وزن يزن وزنًا، ويقول: دج دابتك، وودجتُ على القوم؛ أصلحتُ بينهم، ويقال: ودَّج بالتشديد توديجًا.

و«التبزيغ» بالباء الموحدة والزاي والغين المعجمتين هو النقب عن الرهصة، وهي الماء في حافر الدابة، ومعنى التبزيغ: الشق، ومنه:

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

بزغت الشمس إذا طلعت، ومصدره: بزوغ، وبزغ البيطار، أي: شرط، ومصدره: بَزْغ، قال الطرماح[(١)] - وقيل: الأعشى[(٢)]:

كطعنِ البيطرِ الثَّقِفِ رهصَ الكوادنِ

و«بزَّغ» بالتشديد مضعف منه، ومصدره: تبزيغ، وجاء كلام المصنف عليه.

والفصد والحجامة معروفان، وللراهن فعل ذلك من غير رضًا [٢/١٤٢] المرتهن؛ لما ذكره المصنف، وإنما يكون ذلك عند الحاجة، كما دلَّ عليه قول المصنف: لا ضرر فيه، قال الروياني: «فإن لم تكن حاجة يمنع من الفصد، ولا يمنع من الحجامة؛ لاستبقاء الصحة»[(٣)].

* * *

---

(١) انظر: الصحاح (٢/ ٥٩٣).

(٢) انظر: الصحاح (٤/ ١٣١٥).

(٣) بحر المذهب (٥/ ٣٠٩).

قال:

وإن أراد أن يختن العبد، فإن كان كبيرًا لم يجز؛ لأنه يخاف منه عليه، وإن كان صغيرًا نظرتَ، فإن كان في وقت يندمل الجرح [فيه][1] قبل حلول الدين جاز، وإن كان في وقت يحل [الدين][2] قبل اندمال جرحه لم يجز؛ لأنه ينقص ثمنه.



منع ختان الكبير قاله المصنف وأتباعه، وقال النووي في «الروضة»: «إنه ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر»، ويؤيده أنهم عدُّوا عدم الختان عيبًا في الكبير دون الصغير»[3]، وما أشار إليه من نصه هو قوله في «الأم»: «ولو رهنه عبدًا أو أمةً صغيرين لم يمنع أن يُعَذِّرهما؛ لأن ذلك سُنَّة فيهما وهو صلاحهما، والزيادة في أثمانهما»[4]، وقوله في «المختصر»: «ولو كان الرهن ماشية، فأراد الراهن أن ينزي عليها، أو عبدًا صغيرًا، فأراد أن يختنه، أو احتاج إلى شرب دواء، أو فتح عرق، أو الدابة إلى توديج أو تبزيغ؛ فليس للمرتهن أن يمنعه مما فيه للرهن منفعة»[5]. انتهى.

فأراد النووي بالظاهر مفهوم هذين النصين؛ لتقييده بالصغير، فإنه يفهم أن الكبير بخلافه، لكن الأكثرون أطلقوا جواز الختان، وصرَّح المتولي

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.
(٢) زيادة من المطبوع.
(٣) روضة الطالبين (٤/ ٩٥).
(٤) الأم (٣/ ١٦٨).
(٥) مختصر المزني (٨/ ١٩٧).

والشيخ نصر المقدسي وَسُليم في «المجرد» و«التقريب» وهو شيخه وابن داود: بجواز الختان في الكبير والصغير جميعًا.

وقال ابن داود: إن الشافعي إنما شرط الصغير للعادة الجارية؛ فإن الختان في الصغير، وإلَّا فحكم العبد الكبير هكذا أيضًا إذا لم يكن مختونًا.

قال ابن الرفعة: ويشبه أن يقال غير ذلك؛ لأن مراده بالصغير غير البالغ، وأخرج به الكبير؛ لأن ختانه إذ ذاك واجب على العبد لا على السيد، فلم يكن من قبيل ما نحن فيه بخلاف الصغير، فإن السيد يفعله استصلاحًا لملكه، وكونه سنة في حقِّه لا لكونه واجبًا. انتهى.

وهذا اعتذار جيِّد، والقاضي أبو الطيب حمل قوله: سُنَّة، أي: على أنه ثابتٌ بالسُّنة، قال: ولا يختلف المذهب أن الختان واجب.

قال ابن الصباغ: يحتمل أنه سنة في هذا السن، وواجب على البالغ.

قال ابن الرفعة: هو واجب عند البلوغ، أما قبله فسنة.

وكلام الشافعي فيه، وقد ظهر بهذا أن ما ادعاه النووي من ظاهر النص فيه نظر؛ لقوة الاحتمال فيه، وإن ما صرَّح به المصنف من عدم الجواز في الكبير لم نره لغيره، وكيف يترك شيء هو واجب لحقِّ الله تعالى، وسببه متقدم لأجل حقِّ المرتهن الحادث عليه؛ فالحق: أن الختان واجب على الكبير، وللسيد أن يتولاه؛ لأن له ولاية على عبده.

وأما قول النووي: «ويؤيده أن عدم الختان عيب في الكبير»[1]؛ فصحيح أنه عيب، ولكن هذا التعييب مستحق كما لو رهن سارقًا، فإنه يقطع في يد المرتهن، وإن كان عيبًا، ثم المرتهن إن لم يكن علم بأنه غير مختون، وكان

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٩٥).

حين الرهن كبيرًا، والرهن مشروط في بيع يثبت له الخيار ختنه أم لم يختنه؛ لأن عدم ختانه حينئذٍ عيب، فإن علم به، فقد رضي بالعيب، ودخل عليه، فيُسْتوفى كما يستوفى الحد.

وقد رأيت في «المطلب» بخط ابن الرفعة: أن عدم جواز ختان الكبير، صرح به في «التهذيب»، وكأنه أراد «المهذب» فسبق القلم.

والذي رأيته في «التهذيب» للبغوي: «أن له ختان العبد المرهون إذا كان في سنٍّ يحتمل، ويندمل الجرح قبل [٢/١٤٢ب] حُلول الأجل»[1].

وأما «التهذيب» لنصر المقدسي؛ فقد تقدم عنه أنه يقول بالجواز منهما، ومنع ختان الصغير إذا كان في وقت محل الدين قبل اندمال جَرحه؛ قاله الماوردي[2]، والبغوي، وغيرهما من العراقيين والخراسانيين.

وكذلك إذا كان الدين حالًّا؛ لأنه ينقص قيمته، واقتضى كلام الإمام إثبات خلاف فيه، ومال إلى الجواز، فإنه قال: «إنه لا يمنع مما ذكرهُ الشافعي؛ لأنه لا خطر، وأبدى بعض الأصحاب خلافًا في الختان عند القرب من حلول الحق من جهة أن البيع يفرض ورودهُ والمختون متألم، وهذا ينقص القيمة والرغبة، وهذا باطل، فإن هذا القدر لا أثر له في النقصان أصلًا، فلا منع منه»[3].

قال ابن الرفعة: والكلام في هذا يرجع إلى تحقيق مناط، يعني: إن كان ينقص القيمة منع، وإلَّا فلا، والجواز في الصغير إذا كان الجرح يندمل قبل الحلول، أو بدون هذا الشرط على رأي الإمام، أو في الكبير إذا قلنا به

(١) التهذيب (٤/ ٧٦).
(٢) الحاوي (٦/ ٢١٦) بمعناه.
(٣) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٤).

مشروط بأن يكون في وقت اعتدال الهواء، واقتصر المصنف على العبد، وقد علمت من الشافعي أنه نصَّ على العبد والأمة، وكذلك الأصحاب سووا بينهما، ولكن ذلك منهم؛ لأنهم لم يصرحوا في الكبير بالمنع.

أما المصنف حيث منع في الكبير للخوف عليه، فينبغي أن يفرق؛ لأن المرأة لا يُخَافُ من ختانها كما يخاف من ختان الرجل، وبذلك صرَّح ابن أبي عصرون، فقال في «الانتصار»: إن كانت جارية جاز مُطلقًا؛ لأنه إقامة واجب لا يضرُّ المرتهن، وإن كان عبدًا كبيرًا لم يجز من غير رضا المرتهن؛ لأنه مخوف.

وقول المصنف: يَنْقُص ثمنه، هو بفتح الياء وسكون النون وضم القاف المخففة، هذه اللغة الفصيحة، ويجوز بضم الياء وفتح النون وتشديد الفاء المكسورة، ويجوز بنقص ثمنه وينقص من ثمنه.



قال:

وإن كانت به أَكَلة يخاف من تركها، ولا يخاف من قطعها، جاز أن يقطع، وإن كان يخاف من تركها، ويخاف من قطعها لم يجز قطعها؛ لأنه جرح يخاف عليه منه فلم يجز، كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة.



الشرح

الجواز إذا خيف من الترك دون القطع لا خلاف فيه، ولا يفتقر فيه إلى إذن المرتهن، ولو منع لم يلتفت إليه، وإن خيف من الترك والقطع معًا، فقد جزم المصنف بأنه لا يجوز القطع.

وقال الماوردي: «إن كان الخوف من القطع أكثر من الخوف من الأكلة منع من القطع، وإن كان الخوف من الأكلة أكثر من الخوف من القطع لم يمنع، وإن استويا؛ فإن كان القطع يزيد في ثمنه لم يمنع، وإن كان لا يزيد مُنع»[1].

وأطلق الجرجاني: أنه لا يقطعها بغير إذن المرتهن، ويقطعها بإذنه.

وقال الروياني: «إن كان يخشى من تركها وقطعها التلف لم يكن لكلٍّ منهما القطع، فإن اتفقا على قطعه؛ جاز»[2].

قلت: وفي الجواز في هذه الحالة باتفاقهما نظر إذا فرض استواء الخوف؛ لما فيه من الإقدام على ضرر العبد بغير فائدة، وكذلك قول الماوردي بالجواز إذا كان يزيد في ثمنه[3]؛ لما فيه من فتح باب الروح لهذا

(١) الحاوي (٦/ ٢١٧) بمعناه.

(٢) بحر المذهب (٥/ ٣١١).

(٣) الحاوي (٦/ ٢١٧).

الغرض اليسير، والذي يتجه أنه متى خُشِيَ من قطعه التلف لا يجوز القطع إلَّا أن تغلب السلامة، ويحمل كلام من قال بالجواز على ذلك.

نعم، اختلف الأصحاب في الحُرِّ، هل له أن يقطع ذلك من نفسه إذا استوى الخوف من الترك والقطع؟

فقال الشيخ أبو محمد: ليس له ذلك، وهذا ظاهر جدًّا، وعليه يتجه ما قلناه، وقال غيره: لا مُعترض عليه، ولا يجوز ذلك لولي غير الأب والجد قطعًا، وهل يجوز للأب والجد حكمه حكم قطع الحر من نفسه، والمنصوص الجواز [٢/١٤٣] على ما قال الإمام، ولعل سبب ذلك أن عظم شفقة الإنسان على نفسه وعلى ولده تمنعه من المخاطرة إلَّا حيث تلوح له المصلحة، فيكتفي بما يقع في نفسه من غير إحواج إلى سبب ظاهر، فعلى هذا هل السيدُ كالأب لشفقته على ماله أو لا؟ فيه نظر؛ فإن ألحقناه به اتجه ما قاله الماوردي والروياني، وإلَّا فلا.

قال الروياني: «وإن كان لا يخشى من تركه، ويخشى من قطعه، ولكن الغالب السلامة، فوجهان.

قال أبو إسحاق: ليس له ذلك، وقال صاحب «الإفصاح»: له، واختاره القاضي الطبري؛ لأن الغالب فيه المنفعة والصلاح، فصار كالمتيقن صلاحه ومنفعته»[١]، وحكى الرافعي هذا الخلاف في أنه هل للمرتهن المنع أو لا؟[٢]

وقال النووي: «الأصح أنه ليس له المنع»[٣].

(١) بحر المذهب (٥/ ٣١١).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٠٦).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٩٤) بمعناه.

وقال الجرجاني: إن كان لا يخاف تركها، ولا يؤمن قطعها لم يقطعها، وهذا منه يحتمل أن يكون موافقة لأبي إسحاق، ويحتمل أن يكون مفروضًا فيما إذا لم تغلب السلامة، وحينئذٍ يتجه القطع: بأنها لا تقطع، وإذا كنا نقول عند استواء الخوف من الجانبين يمتنع القطع، فهنا أولى.

والحاصل: أن الخلاف بين أبي إسحاق وأبي علي الطبري على ما يقتضيه كلام الأصحاب في حالتين؛ **أحدهما**: إذا استوى الخوف.

والثانية: إذا خيف من القطع دون البقاء، وقد عرفت ما فيه، وإنه إنما يتجه إذا جعلنا السيد كالأب والجد، وجوَّزنا ذلك لهما.

ولا فرق بين أن يكون العبد مرهونًا أو غير مرهون، إلَّا أن المرهون للمرتهن حق فيه يتسلط به على المنع في بعض الأحوال.

قال الروياني: «وإذا كان قطعه يزيد في قيمته؛ كالأصبَع الزائدة التي قطعها يزيد في قيمته ويخاف من قطعها التلف، ولا يخاف من تركها الضرر لا يجوز لواحد منهما قطعه؛ لأنه تعريض للتلف من غير حاجةٍ، فإن كان الغالب السلامة فعلى الخلاف»[1]، وهذا الذي قاله الروياني جيِّد في أن القطع لزيادة القيمة فيما إذا كان الغالب السلامة على الخلاف.

وأما تجويزه عند استواء الخوف، فلا وجه له إلَّا ما قدمناه، ومنع الروياني له عند الخوف من القطع دون الترك يقتضي أن السيد لا يلحق بالحر إذا قطع من نفسه؛ لأن الصحيح في مثل هذه الحالة أن للحر أن يقطع من نفسه، ولا فرق بين تلف النفس وتلف عضوٍ، وحكم السلعة على ما ذكرناه في الأكلة، والسلعة بكسر السين: غدة بين الجلد واللحم، وهي الخُراج بضم الخاء وتخفيف الراء، وحكم الخبيثة كالأكلة.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٣١١).

فرع شرب الدواء إن لم يكن مخوفًا كالشراب والسعوط لم يُمنع منه، وإن كان مخوفًا، فإن لم تدع حاجة إليه منع، وإن دعت إليه حاجة قال الماوردي: «إن غلبت السلامة؛ جاز، وإن غلب الخوف أو استويا منع»[١].

وقال الرافعي: «إن كانت المداواة مما يُرْجَى نفعه ويؤمن ضرره فذاك، وإن خيف وغلبت السلامة، فهل للمرتهن منعه على ما تقدم عن أبي إسحاق وأبي علي الطبري صاحب «الإفصاح»[٢]، وحكم فتح العرق إذا كان يُخشى على ما سبق في الأكلة، وله دهن الجمل بالقطران وتعريب الدابة، وهو أن يشرط البيطار أشاعر الدابة شرطًا خفيفًا لا يضر بالعصب، ثم يُعالجه، يقال: عرب فلان فرسه إذا فعل ذلك، وهو غير التبزيغ المتقدم.

فرع ما جوزنا للراهن فعله إذا امتنع يجوز للمرتهن، قاله القاضي حسين والمتولي وسليم، وقال الماوردي: لا يجوز.

فرع له تأبير النخل ولو ازدحمت، وقال أهل الخبرة: تحويلها أنفع جاز تحويلها، وكذا لو رأوا قطع بعضها صلاحًا لأكثرها، ثم ما يقطع منها أو يجف يبقى مرهونًا بخلاف ما يحدث من السعف ويجف، فإنه غير مرهون؛ كالثمرة، وما كان ظاهرًا منها عند الرهن.

قال في «التتمة»: هو مَرهون، وقال في «الشامل»: «لا فرق»[٣]، وما يحصل من الليف والعراجين والكرب فكالسعف، قاله القاضي أبو الطيب.

---

(١) الحاوي (٦/ ٢١٧) بمعناه.

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٠٦).

(٣) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥٠٧).

و«الكَرَب» بفتح الكاف والراء: [٢/١٤٣ب] أصولُ السَّعَفِ، و«السّعف» غصن النخلة إذا يبس.

وما نقلناهُ عن الشامل من قوله: لا فرق؛ تبعنا فيه الرافعي، وهو سبكه من كلامه، ومعناهُ: أنه لا فرق بين الموجود عند الرهن والحادث في: أن الجاف للراهن.

والمتولي يقول: إذا كان عند الرهن، ثم جفَّ، فهو رهن، وعبارة الشامل: أن ما يحصل من ليف وسعف يابس، فإنه للراهن لا يتعلق به حق المرتهن؛ لأن ذلك يجري مجرى المنافع، والثمرة لا تدخل في الرهن، فإن قيل: فإن هذا السعف دخل في الرهن حال العقد، وليس بحادث بعد الرهن، قلنا: إنما حدث من السعف قام مقامه، وصار هذا بمنزلة المنفعة خارجًا من الأصول؛ فلهذا كان للراهن أخذه. انتهى.

والمتولي جزم بأن ما تقطع من السعف عند التأبير والليف الذي يؤخذ من النخلة في تلك الحالة حكمه حكم الصوف، فما كان حال الرهن دخل على المذهب عنده، وما يحدث فلا، ويجري مجرى الزوائد.

واعلم، أنك في بادئ الرأي ربما يترجَّح عندك قول المتولي؛ لأنه إذا دخل في الرهن لا يخرج بعد ذلك، لكن حكم المتولي بالدخول كحكمه بدخول الصوف، وقد استشكلناه فيما سبق؛ لقوله: إن الحادث لا يدخل، كما صرح به هنا في الصوف والأغصان، وإذا لم يدخل الحادث لم يدخل المقارن.

وأما ابن الصباغ، فلم يقل بدخول الصوف المقارن، بل ظاهر كلامه: أنه يقول بعدم دخوله كما نص عليه الشافعي[1]، والأغصان التي تقطع مثله،

(١) الأم (٣/١٦٨).

فلا تدخل على مقتضى قوله، بقي حرف واحد، وهو أن ذلك في غصن يُعلم ويُعلم قطعه، وهنا ما يجف بعد ذلك، ويقطع عند التأبير غير معلوم.

فإن قلنا: إنه يتبين بالآخرة أن ما جف لم يدخل في الرهن يلزم جهالة المرهون.

وإن قلنا: دخل ثم خرج، فلا وجه له، ولعلَّ ابن الصباغ يغتفر الجهالة في مثل هذا؛ لأنه تابع.



قال:

وإن كان ماشية وأراد أن يخرج بها في طلب الكلأ، فإن كان الموضع الذي هي فيه مخصبًا لم يجز له؛ لأنه يغرر به من غير حاجةٍ، وإن كان الموضع مجدبًا جاز له؛ لأنه موضع حاجةٍ، وإن اختلفا في موضع النُّجعة، فاختار الراهن جهةً، واختار المرتهن أخرى؛ قُدِّم اختيار الراهن؛ لأنه يملك العين والمنفعة، وليس للمرتهن إلَّا حق الوثيقة؛ فكان تقديم اختياره أولى.

الشرح

قوله: «يخرج بها»، أي: من البلد وما قرب منه على ما تقدَّم بيانه.

و«الكلأ» بالهمز والقصر: هو العشب رطبه ويابسه.

و«المُخْصِب» بضم الميم وسكون الخاء المعجمة وكسر الصاد المهملة، و«المُجْدِب» بضم الميم وسكون الجيم وكسر الدال المهملة، يقال: خصبت الأرض وأخصبت؛ إذا أمرعت، وجدبت وأجدبت إذا أمحلت.

و«النجعة» بضم النون وسكون الجيم: طلب الكلأ في موضعه، تقول منه: انتجعتُ، والانتجاعُ الذهابُ للانتفاع بالكلأ وغيره.

وقد قدمنا بعض هذه الأحكام عند كلام المصنف في السفر، وقلنا فيما إذا اختلفت نُجْعتهما إلى بلدين ولم يتفقا يجعل عند عدلٍ نص عليه، والمصنف هنا قال: إذا اختلفا قُدِّم اختيار الراهن، ولا تنافي بين الكلامين؛ فنصه محمول على أنها لا تكون في يد الراهن ولا المرتهن، بل عند عدل، وكلام المصنف في أنها تكون في بلد الراهن عند العدل كما هو مصرح به في نص الشافعي[1]، فمعنى قول المصنف: قُدِّم اختيار الراهن، أي: في

(١) الأم (٣/ ١٦٧).

البلد، لا في أنها تكون تحت يده، ثم المرتهن إن تبعه، وكانت عنده، فهي على ما كانت عليه، وإن لم يتبعه ولا رضي بيده؛ جُعِلَتْ عند عدل في البلد الذي ينتجع إليه المالك، ولو طلب المرتهن عند جدب موضعها أن الراهن يعلفها ولا ينتجع بها؛ لم يُكلَّف الراهن ذلك إذا كانت ساعة، نَصَّ عليه[١]. وذكره الماوردي[٢].



(١) الأم (٣/ ١٦٧).

(٢) الحاوي (٦/ ٢١٣).

قال:

وإن كان الرهن عبدًا فأراد تدبيره جاز؛ لأنه يمكن بيعه في الدين، فإن دبَّره وحلَّ الدين، فإن كان له مال غيره لم يكلف [مع المدين](١)، وإن لم يكن له مال غيره بيع منه بقدر الدين، وبقي الباقي على التدبير، وإن استغرق الدين جميعه بيع الجميع.



نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على أن تدبير المرهون موقوف(٢)، وتقدَّم الكلام عليه غير مرَّة، واختار الشيخ أبو حامد بناءه على عتق المرهون، وضعفه [١٢/١٤٤] الروياني(٣)؛ لأن التدبير لا يمنع البيع، واختار الصحة سواء أصححنا عتق المرهون أم أبطلنا، وهذا مقتضى إيراد صاحب الكتاب، وهو الصحيح؛ فعلى هذا إذا حلَّ الدين أو كان حالًّا وله مال غيره لم يكلف بيع المدين؛ لأنه يمكن وفاء الدين مع بقاء التدبير، بل إن اختار أن يوفي من غيره فعل، وإن اختار بيعه كان رجوعًا في التدبير ولا يتعين عليه أن يوفي من غيره؛ لأنه متمكن من الرجوع، نعم إذا امتنع من الوفاء والبيع، وله مال فهل للحاكم بيع الرهن المدبر حيثُ نقول ببيع الرهن أو يعدل إلى غيره من سائر أمواله ليبقى التدبير؟

عبارة المصنف والأصحاب التي قدمناها عند الكلام في رهن المدبر تقتضي الثاني؛ فإن كان الحكم كذلك، وأنه يمتنع على الحاكم بيعه،

---

(١) في المطبوع من المهذب: «بيع المدبر».

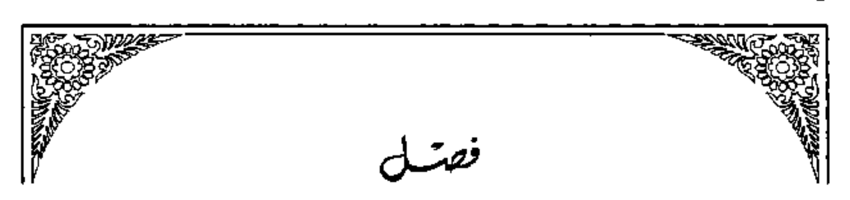
(٢) الأم (٣/ ١٦٢).

(٣) بحر المذهب (٥/ ١٩٦).

فتعليله أنما إنما نجوّز بيعه للراهن لتضمنه الرجوع، وهو له أن يرجع بالبيع، وأما الحاكم فلا يرجع، والبيع مشروط بالرجوع فامتنع، ويعدل إلى غيره من سائر أمواله؛ ولهذا قال المصنف والأصحاب هناك: إن الراهن يخير هل يرجع في التدبير أو لا؟ وإذا لم يكن له مال غيره تعين البيع بقدر الدين فإن استغرق بيع الجميع، وهنا لا يمتنع على الحاكم؛ لأن الرجوع واجب على الراهن، فيقوم الحاكم عنه فيه، كما يقوم عنه في البيع، بخلاف ما إذا كان له مال آخر لا يجب الرجوع، والواجب عليه الوفاء فقط، فيقوم الحاكم عنه فيه لا في الرجوع، فيبيع من سائر أمواله دون المدبر؛ لئلا يكون قد قام عنه في الرجوع الذي لم يتعين عليه، وليس لك أن تقول: إن حق المرتهن انحصر في الرهن كما زعمه ابن الرفعة؛ لأنا قد رددنا ذلك فيما سبق، ولو مات الراهن فقد سبق في رهن المدبر، وهناك ذكرنا أكثر هذه الأحكام.



قال:


فصل

[في الضرر في التصرف بالعين]

ولا يملك التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن؛ لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ، وَلَا إِضْرَارَ»[1]، فإن باعه أو وهبه أو جعله مهرًا في نكاح أو أجرةً في إجارة أو كان عبدًا فكاتبه لم يصح؛ لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة، فلم يصحَّ من الراهن بنفسه كالفسخ.


الشرح

الحديث تقدم قريبًا، وهذه الأحكام مجمع عليها لا خلاف فيها، وفي معناها الوصية إذا اتصلت بالموت، وعدَّ ابن الرفعة منها التدبير؛ لأنه يقلل الرغبة فيه؛ لاختلاف الناس في بيعه، وقد تقدم أن الأصحَّ جواز التدبير بخلاف الكتابة؛ فإنها لازمة من جهة السيد.

وقول المصنف: لا يسري؛ احتراز من العتق، وقوله: يبطل به حق المرتهن من الوثيقة؛ احتراز من الإجارة والإعارة، وقوله: بنفسه؛ احتراز من أن يفعل ذلك بإذن المرتهن، فإنه يصحُّ.

وأطلق الأصحاب بطلان بيع المرهون، وللإمام: احتمال في صحته

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٣٤١).

موقوفًا من بيع المفلس، وأطلقوا بطلان الرهن والهبة، وقد قدمنا في رهن المرهون أن المتفق عليه: امتناع التسليم، أما العقد على الهبة والرهن، ففيه خلاف، ولكنه بعيد.



قال:

وإن أعتقه، ففيه ثلاثة أقوال؛ أحدها: يصح؛ لأنه عقد لا يزيل الملك، فلا يمنع صحة العتق كالإجارة.

والثاني: أنه لا يصح؛ لأنه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن، فلم يصحَّ من الراهن بنفسه كالبيع.

والثالث: وهو الصحيح أنه إن كان موسرًا صحَّ، وإن كان معسرًا لم يصحَّ؛ لأنه عتق في ملكه يبطل به حق غيره، فاختلف فيه الموسر والمعسر؛ كالعتق في العبد المشترك بينه وبين غيره.

الشرح

قال الشافعي في «الأم» في باب ما يكون إخراجًا للرهن فيما إذا وطئ الراهن الجارية: «وإن حبلت وولدت ولم يأذن له في الوطء، ولا مال له غيرها، **ففيها قولان؛ أحدهما:** لا تباع ما كانت حبلى، فإذا ولدت بيعت، ولم يُبع ولدها، وإن نقصتها الولادة شيئًا فعلى الراهن ما نقصتها الولادة، وإن ماتت ⇑ {٢/١٤٤ب} في الولادة، فعلى الراهن أن يأتي بقيمتها صحيحة تكون رهنًا مكانها أو قصاصًا متى قدر عليها، ولا يكون إحباله إياها أكثر من أن يكون رهنها ثم أعتقها، ولا مال له غيرها، فأبطل العتق وتباع بالحق، وإن كانت تسوي ألفًا، وإنما هي مرهونة بمائة بيع منها بقدر المائة، وبقي ما بقي رقيقًا لسيدها ليس له أن يطأها، وتعتق بموته في قول من أعتق أم الولد بموت سيدها، ولا تعتق قبل موته ولو كان رهنه إياها ثم أعتقها ولم تلد له ولا مال له؛ بيع منها بقدر الدين وعتق ما بقي مكانه وإن كان عليه دين يحيط بماله عتق ما بقي، ولم يُبع لأهل الدين.

والقول الثاني: أنه إذا أعتقها، فهي حرة، أو أولدها، فهي أم ولد له، لا تباع في واحدة من الحالتين؛ لأنه مالك، وقد ظلم نفسه، ولا تسعى في شيء من قيمتها، وهكذا القول فيما رهن من الرقيق كلهم ذكرهم وأنثاهم، ثم ذكر التفرقة بين أن يكون بإذن المرتهن أو لا، ثم قال: هذا كله إذا كان مفلسًا، فأما إذا كان الراهن موسرًا، فتؤخذ قيمة الجارية منه في العتق والإيلاد»[١]. انتهى.

وقال في الرهن الصغير: «وإذا دفع الراهن الرهن إلى المرتهن أو إلى العدل، فأرادَ أن يأخذه من يديه لخدمة أو غيرها، فليس له ذلك، فإن أعتقه، فإنَّ مسلم بن خالد، أخبرنا عن ابن جريج، عن عطاء في العبد يكون رهنًا فيعتقه سيده، فإن العتق باطل أو مردود.

قال الشافعي: وهذا وجه، ووجهه: أن يقول قائله: إذا كان العبد بالحق الذي جعله فيه محولًا بينه وبين أن يأخذه ساعة يخدمه، فهو من أن يعتقه أبعد، فإذا كان في حال لا يجوز له فيها عتقه وأبطل الحاكم فيها عتقه، ثم فكَّه بعد لم يعتق بعتق قد أبطله الحاكم.

وقال بعض أصحابنا: إذا أعتقه الراهن نظرتَ، فإن كان له مال يفي بقيمة العبد أخذت قيمته منه، فجعلتها رهنًا وأنفذت عتقه؛ لأنه مالك، قال: وكذلك إن أبرأه صاحب الدين أو قضاه، فرجع العبد إلى مالكه، وانفسخ الدين الذي في عنقه أنفذتُ عليه العتق؛ لأنه مالك، وإنما العلة التي منعتُ بها عتقه حق غيره في عنقه، فلما انفسخ ذلك أنفذتُ فيه العتق.

قال الشافعي: وقال بعض الناس: هو حُرٌّ، ويسعى في قيمته، والذي يقول: هو حر، يقول: ليس لسيد العبد أن يبيعه، هو مالك له ولا يرهنه ولا

---

(١) الأم (٣/ ١٤٧).

يقبضه ساعة، وإذا قيل له: لم وهو مالك وقد باع بيعًا صحيحًا؟ قال: فيه حق لغيره حال بينه وبين أن يخرجه من الرهن فقبل، فإذا منعته أن يخرجه من الرهن بعوض يأخذه لعلة أن يؤديه إلى صاحبه، أو يعطيه إياه صاحبه رهنًا مكانه، أو قال: أبيعه لا يتلف ثم أدفع الثمن رهنًا، فقلت: لا، إلَّا برضا المرتهن ومنعته وهو مالك أن نرهنه من غيره، فأبطلت الرهن إن فعل ومنعته وهو مالكٌ أن يخدمه ساعةً، وكانت حجتك فيه أنه قد أوجب فيه شيئًا لغيره، فكيف أجزتَ له أن يعتقه، فيخرجه من الرهن الإخراج الذي لا تعود فيه أبدًا، لقد منعته من الأقل وأعطيته الأكثر.

فإن قال: أستسعيه. فالاستسعاء أيضًا ظلم للعبد وللمرتهن، أرأيت إن كانت أمةً تساوي ألوفًا يعلم أنها عاجزة عن اكتساب نفقتها في أي شيء تسعى، أو رأيت إن كان الدين حالًّا، أو إلى يوم فأعتقته، ولعل العبد يهلك ولا مال له، والأمة، فيبطل حق هذا أو بسعي منه مائة سنة، ثم لعله لا يؤدي منه كبير شيء، ولعل الراهن مفلس لا يجد درهمًا، فقد أتلفت حق صاحب الرهن ولم ينتفع برهنه.

فمرة يجعل الدين بملك إذا هلك الرهن؛ لأنه فيه زعيم، ومرة ينظر إلى الذي فيه الدين، فيجيز فيه عتق صاحبه، ويتلف فيه حق الغريم، وهذا قول متباين، وإنما يرتهن الرجل بحقه؛ ليكون أحسن حالًا ممن لم يرتهن، والمرتهن في أكثر قول [٢/١٤٥] من قال هذا أسوأ حالًا من الذي لم يرتهن، وما شيء أيسر على من يستخف بذمته من أن يسأل صاحب الرهن أن يعيره إياه، إما يخدمه أو يرهنه، فإذا أبى قال: لأخرجه من يدك، فأعتقه فتلف حق المرتهن، ولم يجد عند الراهن وفاء.

قال الشافعي: ولا أدري أتراه يرجع بالدين على الغريم المعتق أم لا؟ قال

الشافعي: فإن قال قائل: لِمَ أجزتَ العتق فيه إذا كان له مال، ولم يقل ما قال عطاء، قيل له: كل مالِكٍ يجوز عتقه إلَّا لعلة حق غيره، فإذا كان عتقه إياه يتلف حق غيره لم أجزه، وإذا لم يكن يتلف لغيره حقًّا، وكنت آخذ العوض منه وأصيِّرهُ رهنًا كهوَ، فقد ذَهبت العلة التي بها كنتُ مُبطلًا للعتق، وكذلك إذا أدى الحق الذي فيه استيفاء من المرتهن أو إبراء»[1]. انتهى.

وقال في «مختصر البويطي»: وإن رهنه ثم أقر أنه أعتقه، وكان له مال يبلغ ثمن العبد أخذنا منه ثمنه، ووضعناه على يدي المرتهن وأعتقنا العبد، وإن لم يكن له مال يبلغ إلَّا بعض ثمن العبد أعتق بقدر ما بلغ، والباقي عبد، وإن لم يكن له مال لم يعتق منه شيء بعد يمين المرتهن ما علم عتقه، وكذا لو أعتق بعدما قبض، فليس عتقه بشيء إلَّا أن يكون له مال، فيوقف للمرتهن، مثل ثمن العبد، وقال: ملك مثله. انتهى.

وهذه النصوص اشتملت على الأقوال **الثلاثة؛ أحدها**: أن العتق لا يصح.

والثاني: أنه يصح.

والثالث: يصح من الموسر دون المعسر، وهو الأصح على ما يقتضيه كلام الشافعي وكذلك هو الأصح عند الأصحاب، أما التفرقة بين الموسر والمعسر فهو أول قوليه في الرهن الكبير، ومنصوصه في «البويطي» وما حكاه في الرهن الصغير عن بعض أصحابهم، وأما عدم الصحة مطلقًا، فهو الذي حكاه عن عطاء، وذكر توجيهه، وأما الصحة مطلقًا، فقد ذكره عن بعض الناس، وضعفه في الرهن الصغير، ولكنه الثاني من القولين في الرهن الكبير، وقال في «مختصر المزني»: «وإن أحبلها، ولم يكن له مال غيرها لم

---

(١) الأم (٣/ ١٩٩).

تبع ما كانت حاملًا، فإذا ولدت بيعت، ثم قال: ولا يكون إحباله لها أكثر من عتقها ولا مال له، فأبطل العتق وتباع، قال المزني: يعني إذا كان مُعسرًا، ثم قال المزني: أشبه بقوله: ألَّا تصير أم ولد؛ لأن قوله: إن العقد إذا لم يجز في وقته لم يجز بعده حتى يُبْتَدأ بما يجوز، وقد قال: لا يكون إحباله لها بأكثر من عتقها، وقال: لو أعتقها أبطلت عتقها»[١]. انتهى.

قال أبو علي الطبري في «الإفصاح»: إن الشافعي خَرَّج في «الأم» في الرهن الكبير عتق الموسر وإحباله على قول واحدٍ في وقوعه، وعتق المعسر وإحباله على قولين، وخرج في الرهن الصغير عتق المعسر على قول واحد، أنه لا يقع، وعتق الموسر على قولين، وقد جمعتُ هذه الأقاويل فقلتُ: فيها ثلاثة أقاويل، وقال صاحب «البيان»: «اختلف أصحابنا في ترتيب المذهب فيها، فقال أبو علي الطبري، وابن العطار: في المسألة ثلاثة أقوال، وهذه الطريقة اختيار الشيخ أبي إسحاق - يعني: صاحب الكتاب - وأبي الصباغ.

وقال أبو إسحاق المروزي: القولان في الموسر، أما المعسر فمرتب على الموسر.

فإن قلنا: عتق الموسر لا ينفذ، فالمعسر أولى ألا ينفذ عتقه.

وإن قلنا: عتق الموسر ينفذ، ففي عتق المعسر قولان؛ قال الشيخ أبو حامد: في عتق الموسر والمعسر قولان، وما حكاه الشافعي من الفرق بين الموسر والمعسر، فإنما حكى قول غيره، ولم يختره لنفسه، قال: وترتيب أبي إسحاق ليس بشيء، قال الشيخ أبو حامد: إلَّا أن الصحيح من القولين في الموسر أن عتقه ينفذ، والصحيح من القولين في المعسر أنه لا ينفذ»[٢].

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٢).   (٢) البيان (٦/ ٧٥).

انتهى نقل صاحب [٢/١٤٥ب] «البيان». وقد رأيتُ ذلك في تعليقة الشيخ أبي حامد، و«التجريد» للمحاملي، إلَّا قوله إنه لم يختر الفرق بين الموسر والمعسر لنفسه فلم أره، بل قال: إنه حكاه ونصره، وجعل الشيخ أبو حامد في المسألة **ثلاث طرق؛ أحدها**: طريقة أبي علي الطبري أنها على ثلاثة أقوال.

والثانية: طريقة أبي إسحاق المروزي، وقد تقدمت.

والثالثة: وهي المذهب عنده أنها على قولين في الموسر والمعسر إلَّا أن الأصح في الموسر الصحة، وفي المعسر عدم الصحة، وأنا أختار في المسألة طريقة الأقوال الثلاثة، كما اختاره صاحب الكتاب، ومَن قال ببطلان العتق مطلقًا عطاء[(١)] وعثمان البتي[(٢)] وداود[(٣)]، وممن قال بصحته من الموسر دون المعسر مالك[(٤)]، وممن قال بصحته مطلقًا من الموسر والمعسر شريح[(٥)] والحسن بن صالح[(٦)] وأبو حنيفة وأحمد.

واختلفا في الاستسعاء، فقال أبو حنيفة: يستسعي العبد في قيمته[(٧)].

وقال أحمد: «لا يستسعي»[(٨)] وهو قولنا إذا قلنا بنفوذه من المعسر والموسر.

واحتج مَن أبطله مطلقًا: بأن تعلق حق المرتهن بالرهن أقوى من تعلق

---

(١) انظر: مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٠٩٧).

(٢) انظر: الأوسط (١٠/ ٥٣٢).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٥٥).

(٤) المدونة (٤/ ١٥٨).

(٥) عند ابن المنذر: شريك. وسيذكره المصنف بعد قليل.

(٦) انظر: الأوسط (١٠/ ٥٣٢).

(٧) انظر: المبسوط (٢١/ ٢٤٨)، والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٧٠)، وبحر المذهب (٥/ ٢١٥).

(٨) انظر: الهداية (ص٢٥٩)، وشرح الزركشي (٢/ ١١٢).

حق الغرماء بما في يد العبد المأذون، ولو أعتق السيد عبدًا في يد عبده المأذون، لم يصح، فهذا أولى، كذا قاله الماوردي(١)، والحكم في الأصل ممنوع، وإعتاق السيد العبد الذي في يد المأذون المديون يجب أن يكون على القولين في إعتاق الراهن المعسر، وقد صرح الأصحاب فيما إذا اشترى المأذون مَن يعتق على مولاه بإذنه، وعليه دين بقولين في عتقه، **أصحهما**: لا يعتق وسهوهما بإعتاق الراهن.

نعم؛ خصُّوهما بما إذا كان موسرًا لتؤخذ منه القيمة، فإن كان معسرًا، لم يعتق قولًا واحدًا. كذا قال الشيخ أبو حامد، فقد يُطلب الفرق بينه وبين الراهن المعسر وهو ظاهر؛ لأن الراهن الدين في ذمته، فإذا بطل الرهن لنا متعلق وهو الذمة، والسيد ليس في ذمته شيء، فلو نفذنا العتق مع إعساره لأبطلنا حق الغرماء بالكلية، وفي ذلك حرز عظيم، وفي هذا المعنى أيضًا جواب عن كونه في الراهن الموسر يصح على الأصح، وفي السيد الموسر لا يصح على الأصح؛ لما فيه من إبطال متعلق حق الغرماء بالكلية وإقامة القيمة مقامه، وفي الرهن حق المرتهن الأصيل في الذمة، وهو باقٍ، فاغتفر ببدل الوثيقة.

واحتج مَن أجازه مُطلقًا لمفهوم قوله ﷺ: «**لَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ**»(٢). وبأن في تنفيذه جمعًا بين حق العتق وحق المرتهن، واحتج مَن فَرَّق بين الموسر والمعسر، بأن إعتاق الموسر يسري إلى نصيب الشريك، فلأن يبطل حق المرتهن أولى، والفرق بينه وبين المبيع قبل القبض، حيث نفذنا عتقه مطلقًا على الأصح أن الرهن حُبس ليستوفى الحق من ثمنه، والعتق يمنع من

---

(١) الحاوي (٦/ ٥٥).

(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ٤٧٨).

ذلك، والمبيع لم يُحْبَس لذلك، والمستأجر لا يبطل حقه بالعتق؛ وأيضًا حقه في المنفعة دون الرقبة، والمرتهن بخلافه فيهما، وفي عتق الجاني خلاف، فإن صححناه فلأنه بالعتق يلتزم السيد الفداء، والسيد علل إسقاط حق الجناية بالفداء على قول بخلاف الراهن، وذكر الروياني أن «من أصحابنا من قال: إن كان مُعسرًا لا ينفذ الإحبال والعتق قولًا واحدًا، وإن كان موسرًا ففيهما قولان»[1]. وهذه تأتي طريقة رابعة مع ما تقدم، وتعجبت من الروياني، فإنه قال: لم يصرح الشافعي رحمة الله عليه بأن في المسألة ثلاثة أقوال، ولكن حصل ثلاثة أقوال على وجه التخريج. انتهى.

وأنت قد رأيت النصوص التي حكيناها، وتضمنها ⇑ [٢/١٤٦أ] للأقوال الثلاثة، فإن كان مراده أنه لم يقل إن فيها ثلاثة أقوال فقريب، ولكن إثبات مثل هذه أقوالًا، لا يعد تخريجًا، بل هي منصوصة.

وقال ابن المنذر: «قالت طائفة: عتقه باطل لا يجوز، وروى هذا عن عثمان البتي، وبه قال أبو ثور.

وقالت طائفة: إن كان الراهن موسرًا جاز، وتؤخذ منه قيمته تكون رهنًا، هذا قول الشافعي، وأحمد، وأصحاب الرأي.

وقال مالك: إن كان موسرًا دفع إلى الرجل حقه، وجازت عتاقته، وإن كان معسرًا فلا عتق له.

وقال شريك، والحسن بن صالح: عتقه جائز.

وقال شريك: يسعى العبد للمرتهن.

وقال الحسن بن صالح: ليس عليه سعاية، وأصح القول قول عثمان البتي وأبي ثور.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢١٦).

وقال أحمد: إذا كان مُعدمًا فقد جاز العتق»[١].

فرع لو رهن نصف عبدٍ وأقبضه، ثم أعتق نصفه، فإن أضاف العتق إلى النصف المرهون، ففيه الأقوال، وإن أضافه إلى النصف الآخر أو أطلق عتق ما ليس بمرهون، ويسري إلى المرهون إن نفذنا إعتاقه، وكذا إن لم نفذهُ في الأصح؛ لأنه يسري إلى ملك غيره، فملكه أولى، ويكون الخلاف في عتق المرهون في الابتداء لا في السراية.

والثاني: لا يسري لما فيه من إبطال حق المرتهن. قال الروياني: «وهذا ضعيف جدًّا»[٢]، فعلى الأصح هل يفرق بين الموسر والمعسر؟ قال في «النهاية»: «قال: المحققون: نعم»[٣]. واختاره الروياني كما في الشريك، وقال في «التتمة»: إنه يسري سواء أكان له مال آخر أم لم يكن؛ لأنه ملكه.

فرع «لو أعتق المرهون عن كفارته أجزأه، إن قلنا: ينفذ إعتاقه، ولو أعتقه فلا عن كفارة غيره، فلا يعتق؛ لأنه بيع»[٤]. قالهُ القاضي حسين في «الفتاوى».

فرع لو علَّق عتق المرهون بفكاك الرهن نفذ عند الفكاك؛ لأن مجرد التعليق لا يضر بالمرتهن، وحين ينزل لا يبقى له حق، وإن علق بصفةٍ أخرى، فإن وجدت قبل فكاك الرهن، ففيه الأقوال المذكورة في

---

(١) الأوسط (١٠/ ٥٣٢ - ٥٣٣)

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢١٦).

(٣) بحر المذهب (٦/ ١٠٨) بمعناه.

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٧٧).

التنجيز بصفة، وإن وُجِدَتْ بعده **فوجهان**؛ **أصحهما**: النفوذ.

والثاني: لا ينفذ إبطالًا للتعليق مُطلقًا؛ كالتنجيز في قول، والوجهان شبيهان بالخلاف فيما إذا قال العبد لزوجته: إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثًا، ثم عتق، ثم فعلته هل تطلق الثالثة؟ والأصح: الوقوع، لكن ذلك الخلاف جاز، وإن علق بالعتق فقال: إن عتقتُ فأنت طالق ثلاثًا، هل تقع الثالثة؟ والأصح الوقوع، ولا خلاف في تعليق العتق بالفكاك أنه ينفك عند الفكاك. قال الإمام: «والفارق أن الطلقة الثالثة ليست مملوكة للعبد، ومحل العتق مملوك للراهن، وإنما مُنع لحق المرتهن»[1]. قال الرافعي: «ولعلك لا تنقاد لهذا الفرق، وتقول: العتق غير مملوك للراهن، كما أن الطلقة الثالثة غير مملوكة للعبد، ومحل الطلاق مملوك للعبد، كما أن محل العتق مملوك للراهن، فلا فرق»[2]. قال ابن الرفعة: قد أدرج الإمام في كلامه ما يدفع ذلك، وهو قوله: سبب امتناع العتق حق المرتهن، إذ لو أذن نفذ العتق وإذنه لم يبطل الرهن، إذا لم يتصل بالعتق، ومثل ذلك لا يتصور في طلاق العبد؛ لأن وقوع الثالثة: منه في حال رقه لا يمكن، فدل ذلك على أنه غير مالك لمحلها على أنه قد يقول: محل الطلاق الزوجة والزوج لا يملكها، وإنما يملك أن يستمتع بها، والاستمتاع ليس محل الطلاق، فانقطع الإلحاق.

قلت: المراد بمحل الطلاق العصمة الثانية من الزوجين، وهي أمر حكمي غير الزوجة[3] وغير الاستمتاع [٢/١٤٦ب] وهو قيد النكاح الذي الطلاق إزالته، ومحل العتق ملك اليمين، ولا شك أنه حاصل للراهن، أعني: ملك

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٠٧) بمعناه.

(٢) فتح العزيز (٤/ ٤٨٧).

(٣) كذا في المخطوطة، ولعلها: «الزوجية».

اليمين، وإنما امتنع العتق لحق المرتهن، فحق المرتهن مانع من العتق الذي وجد محله وسببه، ولك أن تُسَمِّي ملك اليمين محلًّا، ولك أن تسميه سببًا ومقتضيًا، وأما محل الطلاق وهو العصمة وقيد النكاح، فلا شك أنها حاصلة للعبد، ولكن العصمة الثابتة للعبد تقتضي طلقتين، وهل هي مقتضية للطلقة الثالثة بشرط الحرية، أو بعد الحرية يتجدد المقتضى للطلقة الثالثة الذي يتجه الثاني، ثم هل ذلك المتجدد المقتضي للثالثة هو الحرية، أو الحرية مقتضية لعصمة كاملة أكمل من التي كانت، وتلك العصمة مقتضية لملك الثلاث فيه بحث، ولا يُستنكر كون العصمة مراتب، ألا ترى أن الرجعية ولو روجعت تبقى بطلقتين أو طلقة، والعصمة ثابتة، وتقول: إن الطلاق الرجعي شعَّث النكاح، وما أزال العصمة، أي: بالكلية، ولما كان في محل الطلاق هذا البحث أعرض الإمام عنه، واكتفى بأن الطلقة الثالثة ليست مملوكة للعبد، ولا شك أن الفقهاء يُطلقون على الشيء أنه مملوك منع منه مانع كما قلناه في عتق الرهن، فأراد الإمام أن الطلقة الثالثة ليست كذلك؛ لأنه لم يوجد سببها، وهو الحرية، أو كمال العصمة الناشئة عن الحرية المسماة بالمحل، إذ الطلاق تصرف فيها، ويلاقيها، ولا يلزم من صحة التعليق فيما ملك سببه ومحله، وامتنعت مباشرته لمانع صحة تعليق ما لم يوجد سببه، ولا يحال الامتناع فيه على المانع، بل على عدم المقتضي، وخلاصة الفرق أن التعليق في الرهن مع قيام المقتضي، وفي الطلاق قبله، ولكنا بسطناه بهذه العبارة.

❊ ❊ ❊

فرع لو قال: إن دخلتَ الدار بعد فك الرهن، فأنت حر، ففي صحة هذا التعليق الوجهان السابقان.

فرع «مبعض له على مالك نصفه دين، فرهنه نصفه الذي هو مملوك عنده يصح، ويصير إعتاق الراهن لنصفه كإعتاق المرهون لا يجوز إلَّا بإذن المبعض، فإنه المرتهن». ذكره الروياني بمعناه[1].

فرع «لو قال لعبده: أنت ابني تقع الحرية، فلو كان مرهونًا. فإن قلنا: يصح عتقه عتق، وإلا بُني على الإقرار بالحرية في المرهون. وفيه قولان كالإقرار بالغصب، فإن جوزنا الإقرار وقعت الحرية وإلا فلا» قاله الروياني[2].



(١) بحر المذهب (٥/ ٢٢١).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٣٣٠) بمعناه.

قال:

فإن قلنا: إن العتق يصح، فإن كان موسرًا أخذت منه القيمة، وجُعِلَتْ رهنًا مكانه؛ لأنه أتلف رقه؛ فلزمه ضمانه، كما لو قتله، وتعتبر قيمته وقت الإعتاق؛ لأنه حالة الإتلاف، ويعتق بنفس اللفظ.

ومن أصحابنا من قال: في وقت العتق ثلاثة أقوال؛ أحدها: بنفس اللفظ.

والثاني: يدفع القيمة.

والثالث: موقوف، فإن دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الإعتاق، وإن لم يدفع القيمة، حكمنا أنه لم يعتق في حال الإعتاق، كما قلنا فيمن أعتق شركًا له في عبد أنه يسري، وفي وقت السراية ثلاثة أقوال، وهذا خطأ؛ لأنه لو كان كالعتق في العبد المشترك لوجب ألَّا يصح العتق من المعسر كما لا يسري العتق بإعتاق المعسر في العبد المشترك، وإن كان معسرًا؛ وجبت عليه القيمة في ذمته، فإن أيسر قبل محل الدين طولب بها؛ ليكون رهنًا مكانه وإن أيسر في محل الدين طولب بقضاء الدين.



الشرح

شرع في التفريع على الأقوال، وبدأ بقول الصحة معسرًا كان أو موسرًا، وهو مذهب أبي حنيفة[1]، وقطع الأكثرون بأنه يعتق بنفس اللفظ. قال الماوردي: «قولًا واحدًا»[2]، وفي «التجريد» [٢/١٤٧] للمحاملي أنه المنصوص، وإن من أصحابنا من قال ثلاثة أقوال، كما ذكره المصنف، وكونه إذا أيسر يُطالب قبل المحل بها رهنًا، مشروط بألا يتطوع بتعجيل الدين، وكونه إذا

---

(١) انظر: المبسوط (٢١/ ٢٤٨)، والبحر الرائق (٥/ ٢١٥).

(٢) الحاوي (٦/ ٥٦).

أيسر بعد المحل يُطالب بقضاء الدين، هكذا ذكره المصنف، وسُلَيم، والمحاملي في «التجريد»، وسبقهم الشيخ أبو حامد، وقال: لا معنى لأخذ القيمة، ونقل الرافعي ذلك عن العراقيين، وقال: «ولك أن تقول كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحالّ، وقد يكون بالمؤجل، فكذلك قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهنًا، وإن حل الحق إلى أن يتيسر استيفاؤه، وبتقدير صحة التفصيل الذي ذكروه وجب أن يجري مثله في القيمة التي تؤخذ من الموسر»[1]. انتهى.

وقد قال القاضي أبو الطيب: «إن القيمة تُجْعل رهنًا إن كان الدين مؤجلًا، ولم يعجل له الراهن دينه، وإن كان حالًّا وفى منها الدين إلَّا أن يقول الراهن: أقضي من غير هذه القيمة، فيكون له ذلك، فإن امتنع من قضاء الدين من غيرها، جُعلت القيمة قضاء لدينه هذا إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا انتظر يساره، ثم إذا أيسر كان الحكم، كما تقدم يُفرق فيه على أن يكون الدين حالًّا أو لا كما تقدم في حال يساره عند العتق»[2]. انتهى.

وعندي أن هذا ليس خلافًا، ومقصود الأولين أنه لا يحتاج إلى جعلها رهنًا، فإن اتفقا على ذلك أو طلبه المرتهن ولم يقضِ الراهن، فلا منع منه.

فرع قول المصنف: إن كان موسرًا، ثم حكايته الطريقين في وقت العتق ينبهك على أنه إذا كان معسرًا لا يجري الطريقان إذا نفذناهُ، بل يعتق في الحال بلا خلاف، وبه صرَّح الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، وغيرهما.

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٦).

(٢) انظر: كفاية النبيه (٩/ ٤٣٥).

وقوله: وتغيير قيمة يوم الإعتاق، هذا إذا قلنا: هو وقت العتق، أما إذا قلنا بدفع القيمة، فينبغي أن يكون المعتبر ذلك الوقت، أو يأتي فيه خلاف، هل يعتبر يوم العتق أو الأداء أو الأقصى، وعلى الأول قال في «البيان»: ويعتبر القيمة يوم العتق، ومتى يعتق فيه الطريقان. وأما الرافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فإنه صَدَّر كلامه باعتبار قيمة يوم الإعتاق، قال: «ثم إن كان موسرًا أخذت منه في الحال، وإن كان مُعسرًا أُنظر». ثم قال: «ومتى كان المعتق موسرًا، والتفريع على القول الثاني أو الثالث يعني: قول الصحة مُطلقًا أو من الموسر على وقت نفوذه طريقان»[1]، وهذا الترتيب ربما يسبق إلى الذهن منه أن الخلاف لا يعود إلى وقت اعتبار القيمة، وليس كذلك، فإن الخلاف في وقت النفود مستلزم له.

وقال ابن الرفعة في «الكفاية»: «إن قلنا بالنفوذ مُطلقًا، فعلى الراهن قيمته يوم الإعتاق، صرح به الأصحاب، وكان يتجه أن يتخرج على الخلاف في وقت النفوذ، وإليه أشار ابن يونس بقوله: على الصحيح»[2]، ثم كتب بخطه على الحاشية، هذا الاحتمال غير صحيح؛ لأن الخلاف في وقت النفوذ، إنما هو إذا قلنا بالتفرقة على الموسر والمعسر، لا نقول بالنفوذ مطلقًا في حالة اليسار والإعسار. انتهى.

وهذا الذي قاله في الحاشية غير صحيح، بل الخلاف متى كان موسرًا، سواء قلنا بنفوذه مطلقًا أم فرقنا بين الموسر والمعسر؛ ولهذا ذكره المصنف على قول النفوذ مطلقًا، وذكر الرافعي أنه عليه وعلى قول التفرقة، فالصواب صحة الاحتمال الذي قاله في الأصل، وصحة ما أشار إليه ابن

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٦) بمعناه.

(٢) كفاية النبيه (٩/ ٤٣٥).

يونس من الخلاف، لكنه في «الكفاية» قال: «فيما قاله الرافعي نظر؛ لأنه لو كان معسرًا نفذنا عتقه على هذا القول، فكيف نتوقف مع اليسار؟»[1]. انتهى.

وهذا إشكال على صاحب الطريقة المخرجة على الأقوال لا على الرافعي، فإنه موافق للأصحاب على حكاية الطريقين عند اليسار [٢/١٤٧ب] في وقت العتق، والقطع عند الإعسار بأنه ينفذ الآن، ويمكن الفرق بأنه لا غاية معلومة، فاكتفينا بالذمة. وبالجملة، الإشكال إنما نشأ من ضعف الطريقة.

فرع

قال الإمام: «ومهما بذل القيمة على قصد الغرم صارت رهنًا، ولا حاجة إلى عقد مستأنف»[2]، وقول الإمام على قصد الغرم قيد لا بد منه، وقد نبَّه هو عليه، فقال: «لا بد من أن يقصد الراهن المعتق التسليم عن جهة الغرم، وأنه جار في كل مال في الذمة، حتى لو قال: قصدتُ الإيداع عندك وقع وديعة»[3].

قلت: ولو لم يقصد شيئًا لم يصح القبض، وهكذا جميع الديون متى أدى المديون إلى صاحب الدين مقدار دينه من غير قصد شيء، حالة الدفع لم يكن نشأ، ولم يملكه المدفوع إليه، بل لا بد من قصد الأداء عن جهة الدين، وكثير من الفقهاء يغلط في هذا، ويقول: أداء الدين لا تجب فيه النية، وقد نبَّه الإمام على ذلك في باب نية الوضوء[4].

وقوله: صارت رهنًا صحيح على قاعدة الخراسانيين، فإن عندهم ما دام

(١) كفاية النبيه (٩/ ٤٣٧) بمعناه.

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٠٦) بمعناه.

(٣) انظر المصدر السابق بمعناه.

(٤) نهاية المطلب (١/ ٥٧).

الأرش في ذمة الجاني لا يحكم بأنه مرهون حتى يتعين، فيصير مرهونًا، فلا جرم، قال ذلك هنا.

ولنا وجه: أنه يحكم بأنه مرهون. وقال النووي: إنه أرجح، وهو كما قال، وعلى هذا لا يصح قوله مهما بذل القيمة صارت رهنًا؛ لأنها رهن قبل ذلك، وقوله: ولا حاجة إلى عقد مستأنف صحيح على الوجهين جميعًا، وهو عندي الصواب لا ينبغي جريان خلاف فيه.

وكذا في الأرش الذي يؤخذ من الجاني، وقال الرافعي في كتاب الوقف فيما إذا قُتل العبد الموقوف، واشتُري بقيمته عبد، هل يصير وقفًا بالشراء أم لا بدَّ من وقف جديد؟ «وجهان جاريان في بدل المرهون إذا أتلف»[1]. وبالثاني قطع المتولي. وقال النووي: «الأصح أنه لا بد من إنشاء وقف فيه، ووافق المتولي آخرون»[2].

قلت: وهذا في الوقف صحيح؛ لأنه إذا اشترى لجهة الوقف يكون ملكًا لتلك الجهة يستحق وقفه، ويمكن ردُّهُ بعيب ونحوه؛ فلذلك لا يصير وقفًا ما لم يوقف، وقد يظهر للناظر المصلحة في بيعه وشراء غيره مما هو أنفع للوقف، وأما القيمة التي تؤخذ عن الرهن، فلا مصرف لها غيره، وهي محبوسة حبس الرهن، وليس للراهن ولا غيره فكّ الحبس عنها إلَّا برضا المرتهن، فأي فائدة في إنشاء الرهن فيها.

❊ ❊ ❊

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٢٩٥) بمعناه.

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٤).

قال:

وإن قلنا: العتق لا يصح ففكَّه، أو بِيعَ في الدَّين، ثم ملكه لم يعتق عليه. ومن أصحابنا من قال: يعتق؛ لأنه إنما لم يعتق في الحال لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق، كما لو أحبلها ثم فكَّها، أو بِيعت ثم ملكها، والمذهب الأول؛ لأنه عتق لم ينفذ في الحال، فلا ينفذ بعد ذلك، كما لو أعتق المحجور عليه عبده، ثم فك عنه الحجر ويخالف الإحبال، فإنه فعل، وحكم الفعل أقوى من حكم القول؛ ولهذا لو أحبل المجنون جارية نفذ إحباله، وثبت لها حق الحرية، ولو أعتقها لم يصح.



إذا قلنا: لا يصح العتق مطلقًا، أو كان معسرًا، وقلنا: لا، فالرهن باقٍ بحاله، فإذا انفك بأداءٍ، أو إبراء، أو بيع في الدين، ثم ملكه الراهن بشراء أو إرث أو نحوهما، فوجهان؛ وقيل: **قولان؛ أصحهما**: وهو قول المزني[1] وهو المنصوص، كما قدمناه عن الرهن الصغير، أنه لا يعتق.

والثاني: يعتق، ولعله يُجيب عن كلام الشافعي بأنه فرضه إذا حُكم به، ولا شك أنه إذا حكم حاكم ببطلان العتق نفذ حكمه؛ لأنه مختلف فيه، فإذا ملكه بعد ذلك لا يعتق، وسيأتي في الإبراء عن الجناية ما يقتضي أن هذا قوي.

وقال بعض الخراسانيين: إن انفك بأداء أو إبراء، فالوجهان، وإن بيع في الدين وعاد؛ لم يعتق قطعًا؛ لأنه إذا بيع في الدين اتصل المنع بمقصوده،

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٢) بمعناه.

فتأكد البطلان، وعلى هذه الطريقة جرى الغزالي، ويقتضي إيراد الرافعي ترجيحها[1]، والشيخ أبو حامد والمحاملي في «التجريد» و«المجموع»، والماوردي[2] وسُليم وافقوا [2/148] المصنف في التسوية وهو الأقرب، أعني: جريان الخلاف إذا انفك أو بيع، وإن كان النووي في «الروضة» قال: «المذهب القطع»[3] وكيف ما ما كان، فالأصح عدم النفوذ، وبالنفوذ قال مالك: «وقطع به قاطعون»[4] على ما قال الرافعي، قال الرافعي: «والخلاف فيه كالخلاف فيما إذا أعتق المحجور عليه بالفلس عبدًا، ثم انفك الحجر عنه، ولم ينفق بيع ذلك العبد هل يعتق؟»[5].

قلت: الظاهر أن المأخذ هنا غير المأخذ هناك؛ لأن الخلاف هنا جارٍ في العود بعد البيع كما حكيناه عن العراقيين، وهناك لو عاد بعد البيع لم نعلم من قال بنفوذ العتق، فإن طرد الخلاف فيه استقام التشبيه.

نعم، على الطريقة التي اختارها من أن الاختلاف في الانفكاك خاصة دون البيع يستقيم، فيكون مأخذ التنفيذ في الموضعين الوقف كما قاله الإمام، وأما مأخذ التنفيذ بعد البيع والعود، فلا يستقيم أن يكون المأخذ الوقف وحده، بل بضميمة أن الزائل العائد كالذي لم يزل، أو يكون المأخذ ما نذكره في الاستيلاد، ويكون العتق نافذًا في حق الراهن غير نافذ في حق المرتهن، فإن أجرى الخلاف في المفلس، فيطرد هذا المأخذ فيه، وإلَّا فلا للقطع بأن عتقه غير نافذ الآن، فهو أبعد رتبة عن الراهن، وملاحظة وقف

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٦).

(٢) الحاوي (٦/ ٥٦).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٧٦).

(٤) المدونة (٤/ ١٥٨).

(٥) فتح العزيز (٤/ ٤٨٦) بمعناه.

العقود هنا بعيدة، فإنها جارية في جميع التصرفات، والذي يتكلم فيه في الرهن في العتق وحده خلاف يخصه على الجديد الذي لا يقول بوقف العقود وسائر تصرفات الراهن غير العتق لا تكون موقوفة إلَّا على قول وقف العقود وقول المصنف، كما لو أعتق المحجور عليه، أي بالسفه، وما ذكره من الفرق بين العتق والإحبال ظاهر.

تنبيه:

أطلق المصنف قوله: «ثم ملكه»، وكذلك جماعة من الأصحاب، وعبارة الشيخ أبي حامد: ملكه بالشراء أو الإرث والهبة، وفي ذلك تنبيه على أنه بسبب جديد، أما إذا ملكه بالرد بالعيب، فينبغي القطع بأنه لا يعود العتق؛ لأن المشتري يسترد الثمن، فيعود حق المرتهن.

نعم، لو كان الثمن تلف وغرمه الراهن، أو انفك الرهن بأي طريق كان؛ عاد الخلاف لأجل انفكاك الرهن، ولا يأتي فيه خلاف الخراسانيين.



قال:

وإن قلنا: إنه يصح العتق إن كان موسرًا، ولا يصح إن كان معسرًا، فقد بينا حكم الموسر والمعسر.



يعني: فإن كان موسرًا، فيصح عتقه، وقد تقدم تفريعه، وإن كان معسرًا، فلا ينفذ عتقه، وقد تقدم تفريعه، فلا وجه لإعادته.



قال:

وإن كان المرهون جارية، فأحبلها، فهل ينفذ إحباله أم لا؟ على الأقوال الثلاثة، وقد بينا وجوهها في العتق.



التسوية بين الإحبال والإعتاق طريقة الشيخ أبي حامدٍ والماوردي والمصنف والمحاملي وابن الصباغ وهو ظاهر النص، قال ابن الصباغ: الصحيح عند أصحابنا لا فرق بين الإحبال والعتق.

وقال أبو إسحاق المروزي، والقاضي حسين، والإمام، والغزالي[1]: الإحبال مرتب على العتق وأولى بالنفوذ، بدليل أن إحبال المجنون والسفيه نافذ، وإعتاقهما لا ينفذ، وكذا إعتاق الأب جارية ابنه لا ينفذ، وإحباله لها ينفذ، قاله الفُوراني، وإحبال المريض من رأس المال وإعتاقه من الثلث.

وقال بعض الأصحاب: الاستيلاد مرتبٌ على الإعتاق، وأولى بعدم النفوذ؛ لأنه لا يُفيد حقيقة العتق في الحال، وإنما يثبت به حق العتق دون حقيقته المنجزة، ومن ذلك يجتمع **ثلاث طرق صرَّح بها في «التتمة»، وأصحها**: طرد الأقوال كما ذكره المصنف.

والثانية: القطع، كالنفوذ.

والثالثة: : القطع بعدم النفوذ.

واعلم أن تصحيح طرد الأقوال يقتضي تصحيح نفوذ إحبال {٢/١٤٨ب} الموسر دون المعسر؛ لأنه الأصح في العتق، ويوافقه قول الرافعي في «الشرح

(١) الوسيط (٣/ ٤٩٨) بمعناه.

الصغير» في مصيرها أم ولد الأقوال المذكورة في الإعتاق، وقبل الاستيلاد أولى بالنفوذ. وقيل: أولى بألا ينفذ، وعبارته في «الشرح الكبير»: «هل تصير أم ولدٍ فيه الأقوال في الإعتاق، ثم منهم مَن جعل الخلاف بالترتيب، واختلفوا في كيفيته، فقال أبو إسحاق والأكثرون: الاستيلاد أولى بالنفوذ.

وقال آخرون: الاستيلاد أولى بعدم النفوذ، ومنهم مَن امتنع من الترتيب وَسَوَّى بينهما، وبه قال الشيخ أبو حامد، ويخرج ثلاث طرق أظهرها طرد الخلاف»[1]. انتهى.

فإن أراد طرد الخلاف مُرتبًا كما نسبه إلى الأكثرين، فلا يؤخذ منه تصحيح أن الإحبال هل يفرق فيه بين الموسر والمعسر أو ينفذ مطلقًا، وإن أراد طرد الأقوال، كما هي، فهو مخالف لما نسبه للأكثرين، وفي «المحرر» قال في مصيرها: مستولدة الأقول المذكورة في الإعتاق، لكنه في «الشرح» مع هذه العبارة بنى عليها أن الأكثرين قالوا: إن الاستيلاد أولى بالنفوذ، فالأولى التمسك بعبارة «الشرح الصغير»، والتصريح بأن الإحبال ينفذ من الموسر دون المعسر على الأصح كالعتق، ويدل له ما تقدم من نص الشافعي، وهو الذي اعتمده في «الحاوي الصغير»، ولا خلاف أن الولد حُرٌّ نسيب، ولا قيمة فيه؛ لأن المرتهن لا حق له في ولد المرهونة.

واعلم أن كلام صاحب «البيان» يقتضي مخالفة الرافعي في نسبة قول أبي إسحاق إلى الأكثرين؛ لأنه قال: «قال عامة أصحابنا: هو كما لو أعتقها على الأموال.

وقال أبو إسحاق: إن قلنا: نفذ عتقه نفذ إحباله، وإلا فوجهان؛ لأن الإحبال أقوى، والأول أصح»[2]، وفي كلام ابن الصباغ إشارة إلى ما قاله

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٩).
(٢) البيان (٦/ ٧٩).

صاحب «البيان».

قال ابن الصباغ: وإنما اختلفا في حق الصبي والمجنون؛ لأنه لا قول لهما، فأما من له قول صحيح، فيجري مجرى الإحبال في حقه. انتهى.

ولا يرد عليه السفيه؛ لأن قوله ليس بصحيح، وبهذا يتوقف في نسبة قول أبي إسحاق إلى الأكثرين.

واعلم أن القول بأن الإحبال لا ينفذ موسرًا كان أو معسرًا لم أره منصوصًا، وإنما رأيت في «الأم» في الرهن الكبير قولين في المعسر في الإحبال والعتق معًا[1]، وفي الرهن الصغير قولين في الموسر في العتق خاصة[2] ولم أَرَ فيه الإحبال كما قدمنا نقله، فالقول بعدم تنفيذ إحبال الموسر ينبغي أن يكون مخرجًا للمزني، كما اقتضاه كلامه في «المختصر»[3]، هذا بحسب ما رأيتُ، وكلام الأصحاب يقتضي أنه منصوص.

قال المحاملي في «التجريد»، قال في القديم: والرهن اللطيف من الجديد إذا أحبل الراهن الجارية المرهونة أو أعتقها.

قال عطاء: لا ينفذ.

وقال بعض أصحابنا: إن كان موسرًا نفذ، وإن كان معسرًا لم ينفذ.

وقال الماوردي: الأم أم ولد، وهل تخرج من الرهن، قال الشافعي في كتاب الرهن الصغير - المنسوب إلى قوله القديم: إن كان معسرًا لم تخرج، وإن كان موسرًا فعلى قولين.

---

(١) الأم (٣/ ١٤٧).

(٢) الأم (٣/ ١٩٩).

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٩٣).

وقال في كتاب الرهن الكبير - المنسوب إلى قوله الجديد: إن كان موسرًا خرجت، وإن كان معسرًا فعلى قولين، فجعل في خروجها من الرهن ثلاثة أقاويل. انتهى.

وما نقلاه عن الرهن الصغير لم أَرَهُ فيه إلَّا في العتق، وفي كلام الماوردي ما يقتضي الجزم بأمية الولد، وإن الخلاف إنما هو في خروجها من الرهن[1]، وهو صحيح على قول الجمهور أنها أم ولد في حقه، وإذا بيعت وعادت صارت أم ولدٍ، أما على قول المزني فلا، وقوله المنسوب إلى قوله القديم حمل ابن الرفعة على اعتقاد كون الرهن الصغير من القديم وليس كذلك، وقد أولنا كلام الماوردي عند قول الشافعي فيما مضى، وقد قال الماوردي عند قول الشافعي: «ولو أذن له فرهنه [٢/١٤٩] فجنى فبيع في الجناية»[2]: «أن قول الشافعي اختلف فيمن استعار عبدًا ليرهنه في حكمه على قولين نص عليهما في الرهن الصغير والرهن القديم»[3]. انتهى.

وهذا يقتضي أن الرهن الصغير ليس هو القديم، كما قاله غيره، فدل على صحة تأويل كلامه الذي عند إحبال الراهن، وأنه ليس كما فهمه ابن الرفعة.



---

(١) الحاوي (٦/ ٥٦).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٥).

(٣) الحاوي (٦/ ١٦٨).


المهر لا يجب، وأرش البكارة يجب، كما سبق.

فرع
قال الماوردي: «ثم هي قبل الوضع رهن بحالها؛ لجواز أن يكون الحمل غلطًا أو ريحًا، ولا يجوز بيعها قبل وضعها؛ لجواز أن يكون الحمل صحيحًا»(١).


نقل ابن المنذر في إحبال الراهن عن مالك: «أنه إن كان تسور عليها أُعْطِي ولده وتباع، وإن كانت ثابتة وتخرج إليه فأراها أم ولد لا تُبَاع ويتبع بالدين.

وعن أبي شبرمة: تستسعي ولا تباع.

وعن أبي ثور: تخرج من الرهن، ولا تستسعي»(٢)، وهو كأحد الأقوال عندنا.

فرع
ذكره القاضي حسين في «الفتاوى» عن القفال: رهن جارية من ابنه، ثم استولدها؛ لا تصير أم ولدٍ على أصح القولين، بخلاف ما لو استولد جارية ابنه؛ لأن هنا أثبت له حقًّا في الجارية بعقده، فلا يملك إبطاله، وكذلك لو استعار الأب جارية الابن فرهنها من غيره، ثم استولدها لا تصير أم ولد، فأما إذا رهن رجل جاريته، فجاء أبوه واستولدها، تصير أم ولد؛ لأنه لم يثبت حقًّا بعقده، كذا أجاب القفال وطرد غير أنه ناقض مما لو رهن جارية، ثم مات عن أبٍ، ثم استولدها الأب، قال: لا تصير أم ولد

(١) الحاوي (٦/ ٤٩).
(٢) الأوسط (٦/ ١٨٧) بمعناه.

له، وإن لم يثبت الحق بنفسه، وعلل بأن الوارث خليفة المورث، فينزل منزلته. انتهى كلام القاضي في «فتاويه».

وقوله: على أصح القولين إما أن يُفرض في المعسر، وإما أن يكون اختيارًا للمنع مطلقًا.



قال:

فإن قلنا: إنه ينفذ، فالحكم فيه كالحكم في العتق.



أي: تحصل أمية الولد بنفس العلوق على المذهب وعلى الطريقة الضعيفة يخرج على الأقوال الثلاثة؛ أحدها: بنفس العلوق، **والثاني**: بدفع القيمة، **والثالث**: موقوف، هكذا حكاها الماوردي هُنا عن بعض أصحابنا المتأخرين من البغداديين اعتبارًا بوطء الشريك. وقال: «إنه غلط في ذلك؛ لأن وطء الراهن صادف ملكًا تامًّا، وإنما يدفع القيمة استيثاقًا لا غرمًا، فصارت بالعلوق أم ولدٍ، ولم يجز أن تصير بدفع القيمة؛ لأنه لو قضى الدين ولم يدفع القيمة، كانت أم ولدٍ وليس كذلك حصة الشريك»[1]، ولم يَحْكِ الماوردي هذه الطريقة في العتق، بل قال فيه قولًا واحدًا أنه بنفس اللفظ كما قدمناهُ عنه، والقياس أن تجري فيه كما فعل المصنف.

قال الماوردي: «واعتبار القيمة وقت العلوق لا يختلف فيه المذهب؛ لأنه بالعلوق استهلك»[2].

قلت: ينبغي عود الخلاف الذي أشار إليه ابن يونس، فإن صح ما قاله الماوردي هنا بطل ذلك التخريج، ويكون سببه أن بالإحبال والإعتاق الموجب لدفع القيمة والخروج من الرهن عند دفعها قد ترتبت القيمة، فتعتبر حينئذٍ، لكن يلزم على هذا أنه إذا أعتق نصيبه من عبد وهو موسر،

(١) الحاوي (٦/ ٥٢) بمعناه.

(٢) المصدر السابق بمعناه.

وحكمنا بالسراية، فإذا بأداء القيمة أن تعتبر قيمة يوم الإعتاق، وهو وجه صححه الجمهور، ووراءه **وجهان آخران؛ أحدهما**: يوم الأداء، **والثاني**: أكثر القيم، ولا بد من مجيئهما هنا في الإعتاق والإحبال، والذي قاله الماوردي إنما يجيء على قول الجمهور، وقد تقدم كلام ابن الرفعة وجوابه، وتقدم أنه إذا كان معسرًا، وقلنا بالنفوذ نفذ في الحال قطعًا، وبقية التفاريع تقدمت.



قال:

وإن قلنا: لا ينفذ إحباله صارت أم ولدٍ في حق الراهن؛ لأنها علقت بحرٍّ في ملكه وإنما لم ينفذ لحق المرتهن، فإن حل الدين وهي حامل، لم يجز بيعها؛ لأنها حامل بحرٍّ، وإن ماتت من الولادة، لزمه قيمتها؛ لأنها [٢/١٤٩ب] هلكت بسبب من جهته، وفي القيمة التي تجب ثلاثة أوجه؛ أحدها: تجب قيمتها وقت الوطء؛ لأنه وقت سبب التلف، فاعتبرت القيمة فيه، كما لو جرحها، وبقيت [ضنيئة][1] إلى أن ماتت.

والثاني: تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء إلى حين التلف، كما قلنا فيمن غصب جارية، وأقامت في يده ثم ماتت.

والثالث: أنه تجب قيمتها وقت الموت؛ لأن التلف حصل بالموت. والمذهب الأول، وما قال الثاني لا يصح؛ لأن الغصب موجود من حين الأخذ إلى حين التلف، والوطء غير موجود من حين الوطء إلى حين التلف، وما قال الثالث يبطل به إذا جرحها، ثم ماتت، كان التلف حصل بالموت، ثم تجب القيمة وقت الجراحة، وإن ولدت نظرت، فإن نقصت بالولادة، وجب عليه أرش ما نقص، وإن حل الدين ولم يَقْضِه، فإن أمكن أن يقضي الدين بثمن بعضها، بيع منها بقدر ما يقضي به الدين، وإن فكها من الرهن، أو بيعت وعادت إليه ببيع أو غيره، صارت أم ولد له، وقال المزني رحمه الله: «لا تصير»[2] كما لا يعتق إذا أعتقها، ثم فكها أو ملكها، وقد بينا الفرق بين الإعتاق والإحبال فأغنى عن الإعادة.

---

(١) في المخطوطة: «ضمنه». والمثبت من المطبوع من المهذب: «ضنيئة». ومعناها: اشتد مرضها حتى ماتت. انظر: كتاب الأفعال (٢/ ٢٣٧).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٢).

الشَّرح

هذا كله تفريع على قولنا: لا ينفذ إحباله إما مُطلقًا على أحد الأقوال، وأما إذا كان معسرًا على الصحيح، فإن المصنف في العتق فرَّع على كل واحدٍ من الأقوال الثلاثة، وعرفك هناك أن تفريع الثالث مُبيّن في تفريع القولين، فاستغنى هنا عن إعادة ذلك، واقتصر على تفريع القولين لدخول الثالث فيهما، فقوله في الأول: فإن قلنا إنه ينفذ، أي: مطلقًا على أحد الأقوال، أو إذا كان موسرًا على الصحيح، وكان موسرًا، فالتفريع ما سبق، وقوله هنا: **وإن قلنا:** لا ينفذ، أي: مطلقًا على أحد الأقوال، أو إذا كان معسرًا على الصحيح وكان معسرًا، فتفريعه ما نذكره، وقوله: «صارت أم ولد في حق الراهن»، هو الذي أطلقه الشيخ أبو حامد وطوائف الأصحاب، واستدلوا له: بأنه لو وهبها للمرتهن، لم يصح، وهذا الذي أطلقوه بان فيه خلاف المزني[1] الذي ذكره المصنف في آخر كلامه، فإنه إذا لم تثبت أمية الولد بعد الفكاك لم تكن أم ولدٍ في حق الراهن ولا في غيره. فإن كانت مسألة الهبة مجمعًا عليها فترد عليه، واللائق به أن يمنعها، وذكر الرافعي وغيره طريقين فيما إذا انفك الرهن «**إحداهما:** القطع بصيرورتها أم ولد. **والثانية** - وهي الأظهر عنده: أنها **على قولين** كالعتق، **أحد القولين:** لا يحكم بالاستيلاد، وهو قول المزني»[2]، ومقتضى هذا القول ألا يقال بأنها صارت أم ولد في حق الراهن، **والثاني** وهو الصحيح المنصوص: أنه يحكم بالاستيلاد، ومقتضى كلام الشافعي[3] وأكثر الأصحاب، ترجيح الطريقة القاطعة بهذا، وردُّوا على المزني، ومما يدلك على هذا، أن الشافعي في

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٢).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٤٨٩ - ٤٩٠) بمعناه.

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٩٢).

أول قوليه الذي حكيناه عن «الأم» القائل بأنه لا ينفذ قال: «إنما يباع منها بقدر الدين»[١]، ويبقى الباقي رقيقًا يعتق بموته في قول من قال بعتق أم الولد بموت سيدها، فلو كان يلغي الإحبال بالكلية، لم يقل هذا، وإنما المزني اعترض عليه، فقال: «قد قطع بعتقها في كتاب عتق أمهات الأولاد»[٢]، وهذا أورده على قول الشافعي في قول من يعتق أم الولد بموت سيدها، قال الروياني: «قول الشافعي غير مختلف أن أم الولد تعتق بموت السيد، ولا يجوز بيعها بعد ثبوت حرمة الاستيلاد، وقد قطع بذلك في خمسة عشر كتابًا، وقوله في قول من يعتقها ليس بتعليق قول، بل هو تلويح بذكر خلاف ضعيف بين الصحابة»[٣]، ثم قال الشافعي: «ولو بيعت أم الولد بما وصفت، ثم ملكها سيدها، فهي أم ولده بذلك الولد»، قال المزني: «أشبه بقوله: لا تصير له به أم ولدٍ؛ لأن قوله: إن العقد إذا لم يجز في وقته لم يجز بعده، وقد قال: لا يكون إحباله لها أكثر من عتقها، [٢/١٥٠] ⇑ وقال: لو أعتقها، أبطلتُ عتقها، قال المزني: فهي في معنى من أعتقها من لا يجوز عتقه، فهي رقيق بحالها، فكيف تعتق أو تصير أم ولد بحادثٍ من شراء، وهي في معنى من أعتقها محجور عليه»[٤].

أجاب الأصحاب عن الأول: بأن الإحبال ليس بعقدٍ، وبأنَّا لم نُبطل الإحبال، بل صححناهُ في حق الراهن.

وعن قول الشافعي: لا يكون إحباله لها أكثر من عتقها بان معناه أن العتق نافذ في الحال، والإحبال سبب للعتق في ثاني الحال، قال: فلما لم يخرج

(١) الأم (٣/ ١٤٧).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٢).

(٣) بحر المذهب (٥/ ٢٢٠) بمعناه.

(٤) مختصر المزني (٨/ ١٩٢).

من الرهن بالعتق الذي ينفذ في الحال، فأولى ألَّا تخرج منه بالإحبال الذي هو سبب للعتق في ثاني الحال، وليس المراد أن الإحبال ليس أقوى من العتق.

وعن قول المزني: هي في معنى من أعتقها محجور عليه أن اعتبار الإحبال بالعتق لا يصح، بل ينبغي أن يقول في معنى من أحبلها محجور عليه، وحينئذٍ يكون الحكم النفوذ كما هنا.

وقد قيل: «إن المزني إنما ذكر هذا اختيارًا للشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ على معاني أصوله، وليس مختار المزني لنفسه، فإنه يثبت حرمة الاستيلاد بأدنى من هذا السبب، وهو إذا استولدها بالنكاح، ثم ملكها، قال: تصير أم ولد له، كما قال أبو حنيفة، فكيف لا يجعلها أم ولده هنا وقد استولدها بالملك، فتحقق ذلك ولا تغلط عليه»[(١)]. انتهى.

وقد تحصل لك أن قول المصنف: صارت أم ولد في حق الراهن ليس مجزومًا به، بل هو المذهب، وليس لك أن تقول: هو مجزوم به، وأنه إذا بيعت، ثم عادت ينقطع ذلك الحكم؛ لأن هذا لا يتخيله فقيه، وقول المصنف: فإن حل الدين وهي حامل لم يجز بيعها هو الصحيح.

وفيه وجه: أنه يجوز بيع الحامل بحر.

وقوله: «وإن ماتت من الولادة لزمه قيمتها»، هو الصحيح المنصوص الذي قطع به الأكثرون؛ لأنها هلكت بسبب عدوان من جهته.

وقيل: لا تجب عليه القيمة؛ لأن إضافة الهلاك إلى الوطء بعيدة؛ وإضافته إلى علل وعوارض يقتضي شدة شك الطلق أقرب وأظهر، وهذا الوجه حكاه الفوراني.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢١٩).

وقال الرافعي: «إنه عن أبي علي الطبري وغيره»[١]، والذي رأيته في «الإفصاح» لأبي علي الطبري: وجوب القيمة، ولو وطئ أمة غيره بشبهةٍ وماتت بالولادة، ففي وجوب القيمة هذا الخلاف، والأصح الوجوب، ولو كانت حرة، ففي وجوب الدية **وجهان؛ أقيسهما عند الإمام**: الوجوب[٢]. **وأشهرهما**: المنع؛ لأن الوطء سبب ضعيف، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة؛ لأن الوطء استيلاء عليها، والعلوق من آثاره فأدمنا به اليد، كما إذا نفَّر المحرم صيدًا، وبقي نفاره إلى الهلاك بالتعثر وغيره، والحرة لا تدخل تحت اليد والاستيلاء. ولو زنا بامرأة مكرهة حرة كانت أو أمة، فماتت بالولادة، ففي وجوب الضمان قولان في رواية الشيخ أبي حامد والماوردي أو وجهان، كما يقتضي كلام غيرهما؛ **أصحهما**: المنع؛ لأن الولادة في الزنا لا تنضاف إلى وطئه؛ لأن الشرع قطع نسب الولد عنه وممن قال بهذا أبو علي الطبري، وبهذا فرق بينه وبين الراهن على ما رأيته في «الإفصاح»، وحيث أوجبنا الضمان في الحرة، فهو الدية مضروبة على العاقلة، ولو وطئ المشتري الجارية المبيعة بيعًا فاسدًا، وماتت من الولادة في يد البائع، فيحتمل: أن يكون كوطء أمة الغير بشبهة، فتجب في الأصح. ويحتمل: أن يقطع به استصحابًا لليد السابقة، ولا خلاف أنه لا يجب الضمان إذا ماتت الزوجة من الولادة؛ لتولد الهلاك من مستحق حرة كانت أو أمة، ولو كان النكاح فاسدًا، فلا ضمان أيضًا؛ لأن الوطء مقصود بالنكاح، فالإذن في النكاح إذن في الوطء الذي هو سبب الإتلاف، وحكى الروياني فيه قولين.

وقول المصنف: «وفي القيمة... إلى آخره»، الأوجه الثلاثة حكاها

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٠).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١١٠).

العراقيون ⇑ [٢/١٥٠ب] والمراوزة، واتفقوا على ترجيح الأول منها، كما رجحه المصنف، وهو اعتبار يوم الإحبال، وعبارة بعضهم: «يوم الوطء» وهما سواء.

والوجه الثاني: وهو إيجاب الأكثر، ذكروه غير منسوب إلى أحدٍ.

والثالث: وهو اعتبار وقت الموت، منسوب لابن أبي هريرة(١).

وقول المصنف: «كما لو جرحها وبقيت ضمنه حتى ماتت» أي لو جرحها وقيمتها مائة وبقيت ضمنه، أي متألمة حتى ماتت وقيمتها عشرة، فالواجب مائة، ويقال: إن ابن أبي هريرة أُلزمَ هذه المسألة، فمنعها وطرد قياسه.

قال الرافعي: «ولا يخفى بعده»(٢). وقال الشيخ أبو حامد: إنه خلاف الإجماع.

قلت: ولعل هذا النقل لم يثبت عن ابن أبي هريرة، فإن كلام المصنف يُومئ إلى الوفاق عليها، وعبارة المصنف تبطل به، تقدم مثلها، فإن كان ذلك عن قصد، فمعناهُ يبطل به حكم تلك المسألة، وتلك المسألة صحيحة بالاتفاق، فما أبطلها كان باطلًا، والعبارة المستعملة تبطل بها، أي: تبطل بتلك المسألة لاتفاقهم على صحتها مع مساواتها لمسألتنا.

واعلم أن نقصان القيمة في المثال المفروض إن كان بسبب الجراحة، وما أحدثته من الألم والنقص، فلا وجه لالتزام ابن أبي هريرة للمسألة، وهو في غاية البعد، ويبعد أن فقيهًا يلتزمُ ذلك، وإن كان بسبب نقصان الأسواق، فمحتمل، ولعل ابن أبي هريرة إنما التزم ذلك، ويكون محل الخلاف في الرهن في نظيره.

---

(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٤٩١).

(٢) المصدر السابق.

وقول المصنف: «كما قلنا فيمن غصب جارية، وأقامت في يده، ثم ماتت» إن أراد ثم ماتت في يده، فليس نظير مسألتنا، ونظيرها من مسألتنا: أن يغصبها الراهن من يد المرتهن أو العدل، ثم تموت في يده، وحينئذ يضمن الأقصى كغيره إذا غصب، وإن أراد إذا حبلت في يد الغاصب، ثم ردها إلى المالك وماتت في يده من الطلق، والمنقول في هذه المسألة أنه إن كان الإحبال من الغاصب عالمًا، فلا ضمان؛ لأنه ليس ولده وإن كان جاهلًا؛ ضمن في الأصح، ويأتي في حالة العلم وجه مادته ما سبق، ولكن الأصح عدم الضمان حالة العلم، ووجوبه حالة الجهل، وإذا قلنا بالضمان.

قال ابن الرفعة: فلا يتجه منها إلَّا ضمان أقصى القيم. انتهى.

وعلى هذا يصح قياس الوجه الثاني عليه، لكن تضمين الأقصى هنا لا يخلو عن احتمال؛ لأنه ليس ضمان غصب، وإنما هو ضمان جناية، وإذا عرفت هذا، فقول المصنف، وما قاله الثاني، لا يصح؛ لأن الغصب موجود من الأخذ إلى التلف يدل على أنه أراد المعنى الأول، وحينئذ لا يصح القياس، ويكون الرد صحيحًا، ولو أن صاحب الوجه الثاني حرَّر القياس على المعنى الثاني؛ كان القياس صحيحًا إذا ثبت له تضمين الأقصى، كما قاله ابن الرفعة، وحينئذ لا يتجه الرد عليه، وتوجيه المذهب إنما يتم بدفعه، ولا دافع له إلَّا أن يُقال: لا يضمن الأقصى كما أبديناه احتمالًا، أو يقال بأن اليد على المغصوبة كانت حقيقة، فتدوم إلى انقطاع أثرها، وحينئذ يجب فرض مسألة الرهن فيما إذا وطئها الراهن من غير غصب، فلو غصبها ووطئها كانت المسألة، ووجب الأقصى قطعًا، ويتأيد بهذا ما قدمناه في المبيعة تبعًا فاسدًا، وإنما لم تجرِ هذه الأوجه على القول بنفوذ الاستيلاد؛ لأنه إذا نفذ انفك الرهن، وما بعد الفكاك لا يتعلق به

حق، بخلاف ما إذا لم ينفذه، فإن الرهن باق، ولا فرق في جريان الأوجه بين المرهونة والموطوءة بشبهةٍ وبالبيع الفاسد على ما يظهر من كلام الأصحاب، وكذا يجري فيما إذا لم تمت من الولادة، ولكن نقصت قيمتها بها، والأصحاب جزموا بوجوب أرش النقص، ولعله تفريع على وجوب القيمة، فإنه الصحيح المشهور؛ فلذلك جزم المصنف لوجوب الأرش، كما جزم بوجوب القيمة.

وقوله: «وإن حل الدين. . . إلى آخره»، سكت عن وقت بيعها، وقد قال الأصحاب: [٢/١٥١] لا تباع حتى تسقي ولدها اللِّبَأ، وإذا سقته ولم يوجد من يرضع، فلا تُباع حتى توجد خوفًا من أن يسافر بها المشتري لو بيعت، فيهلك الولد، وإذا وُجِدت مرضع فتباع الجارية ولا يبالي بالتفريق بين الأم والولد للضرورة، فإن الولد حُرٌّ وبيعه ممتنع.

قال الماوردي: «ولأن الولد إذا كان مملوكًا فحضانته للأم، فإذا فرق بينهما سقطت الحضانة، والحر حضانته للأب، فلم يكن في التفريق بينهما إسقاط للحضانة»[١]. انتهى. فهذه مقدمة لا بد منها.

وقول المصنف: «فإن أمكن أن يقضي الدين بثمن بعضها، بيع منها بقدر ما يقضي به الدين»، أي: سواء أفضى التشقيص إلى نقصان، أم لا، رعاية لحق الاستيلاد، ويخالف ما إذا أنفق ذلك في العبد القن بأن كانت قيمته مائة، وهو مرهون بخمسين، وكان لا يشتري نصفه إلَّا بأربعين، ويشتري الكل بمائةٍ، حيث يباع الكل دفعًا للضرر عن المالك، وأما هنا، فلم يراع وهذا مما يدلك على القطع بثبوت الاستيلاد في حقه، وعلى قياسه ينبغي إذا وجدنا له مالًا آخر يمكن قضاء الدين منه لا يجوز بيعها، ولا بيع شيء منها،

(١) الحاوي (٦/ ٥٤).

كما حكينا مثله عن الماوردي فيما إذا رهن جارية موطوءة، وألحقنا الولد به بإقراره بعد القبض، وما ذكرناه من الاقتصار على بيع البعض إذا وفَّى بالدين أمرٌ واجبٌ قاله الماوردي، قال: «فلو كان له غرماء يستحقون بقية ثمنها لم يجز أن يُباع الباقي منها - يعني: عند إمكان بيع بعضها وتوفيته بحق المرتهن - لأن ذلك القدر إنما بيع في دين المرتهن، وليس كذلك باقي غرمائه»[(١)]، ولو كان بعض الجارية لا يُشترى بحال.

قال أبو إسحاق المروزي: «يباع جميعها ويصير الدين، كأنه محيط بقيمتها، ثم يُقْضَى منه الدين، ويرد الباقي»؛ كذا حكاه الماوردي عنه[(٢)]، وسكت عليه، وأما الشيخ أبو حامد، فحكى عنه أنه: إذا لم يشتر كذلك يُباع الجميع، ثم قال: وهذا فيه نظر. وقوله: «وإن فكها من الرهن أو بيعت»، يقتضي التسوية بينهما، كما قال بمثله في العتق، وقد تقدم كلام الرافعي في العتق، وأما هنا، فحكى الطريقين في البيع، وأظهرهما عنده: جريان القولين كما سبق، ثم قال: «ولو انفك عنها، ولم يتفق بعد نفذ الاستيلاد، ومنهم من خرجه على الخلاف فيما إذا بيعت ثم عادت، وعلى الخلاف في نظيره في الإعتاق، والمذهب: الأول، ويفارق ما إذا بيعت وعادت؛ لأن الملك هنا هو الملك الذي تصرف فيه، ويفارق الإعتاق لما سبق»[(٣)]، يعني: أن الإعتاق قول يقتضي العتق في الحال، فإذا رُدّ لغي بالكلية والاستيلاد فعل لا يمكن رده، وقد يرجح ما ذهب إليه الرافعي من تخصيص الخلاف بالبيع بأن المزني إنما تكلم فيه، ولم يتكلم في الفكاك، فكيف نقل المصنف عنه، وكلامه في الصورتين، ويعتذر عنه بأن علة

---

(١) الحاوي (٦/ ٥٤).

(٢) المصدر السابق.

(٣) فتح العزيز (٤/ ٤٩٠).

المزني وقوله: إنه في معنى المحجور عليه إذا أعتق يقتضي عدم النفوذ مطلقًا، وكذلك قوله إذا لم ينفذ في وقته لا ينفذ بعده، وقول المصنف: وعادت إليه ببيع أو غيره؛ ظاهرهُ يشمل أسباب العود كلها، وقد تكلمنا على ما إذا رجعت بالرد بالعيب، ودام حق المرتهن عليها، فتُستثنى هذه الحالة من كلامه، ويطرد كلامه فيما سواها من أسباب العود ⇑ [٢/١٥١ب] إرثًا كان أو عقدًا أو فسخًا بالإقالة أو الردِّ، حيثُ ينقطع حق المرتهن، وقوله: «صارت أم ولد له»، أي: في الحكم، وإلا فصيرورتها أم ولد متقدم من وقت الإحبال، وإنما المراد أنه يحكم عليه بعتقها، وشبه الأصحاب هذا بمن أقر بحرية عبد ثم اشتراه، وإن كان ذاك إقرارًا، وهذا في حكم الإنشاء، ولكن اشتركا في أن كلًّا منهما ثبت حكمه في حقه ومؤاخذته به. ونقل المصنف عن المزني كالصريح في التسوية بين الفكاك والبيع، والذي في المختصر الثاني نصًّا، فإما أن يكون أخذ ذلك من معنى كلامه، وإما أن يكون من موضع آخر، وقد قدمنا أن المزني ما قال هذا مذهبًا لنفسه، وإنما قاله اختيارًا للشافعي.

فرع إذا أخذنا القيمة كانت رهنًا كما سبق، وإذا أخذنا الأرش كان رهنًا مع الجارية، وله أن يصرف القيمة أو الأرش إلى قضاء الحق. قال الشافعي: «ولا أحسبُ أحدًا يعقل يجعلها رهنًا، وهو يقدر أن يجعلها قضاء»[١] يعني: أن الراهن إذا جعلها قضاء سقط من ذمته وأمن تلفها، وإذا جعلها رهنًا كانت أمانة، والدين في ذمته، فلا يفعل ذلك عاقلٌ عقلًا جيدًا، وإذا أراد أن يعطيها رهنًا أعطاها، وإن كانت أكثر من الدَّين، وإن أراد أن يعطيها قصاصًا، لزمه أقل الأمرين منها ومن الدين، وسواء أكان الدين حالًّا

(١) الأم (٣/ ١٨٣) بمعناه.

أم مؤجلًا، إلَّا أن في المؤجل يزداد النظر في أنه هل يجب قبوله إذا دفعها قصاصًا؟

فرع قال ابن الرفعة: إذا قلنا: لا ينفذ الاستيلاد في حال يسار الراهن، وقلنا: لا تُباع الجارية في حال الحمل، هل يطالب بقيمتها للحيلولة إذا كان الدين حالًّا يُشبه أن يكون فيه مثل الخلاف المذكور في إحبال الأب جارية الابن إذا ألحقنا الولد به، ولم تثبت أمية الولد، وقد يُجزم بالمنع؛ لأن الحيلولة ثم وقعت بين المالك وملكه، فأشبهت إباق العبد المغصوب، وها هنا الملك قائم، والرهن في العين دائم، فلا معنى لأخذ القيمة عنها، ويكون رهنًا.

فرع إذا بعنا بعضها حيث يمكن قضاء الدين به، كما سبق وقضى انفك الرهن عن الباقي، وثبت فيه حكم أمية الولد، كما صرح به الشافعي والأصحاب، والقياس أن يأتي فيه الخلاف المذكور فيما إذا انفك الكل، وقد صرح به ابن الرفعة، وعند استقرار الاستيلاد، وقد بيع بعضها تكون النفقة على المشتري، والمستولد بحسب النصيبين، والكسب بينهما كذلك، وليس لأحد منهما الوطء، وإذا مات المستولد عتقت حصته، ولم يَسْرِ العتق إلى باقيها؛ لأن ما لم يَسْرِ في الحال لأجل الإعسار لا يسري بيسار بُعد، فكيف ولا يسار؛ لأنه عند عتقها لا مال له، ولو ملك المستولد تلك الحصة كان في عود الاستيلاد فيها ما سلف، وعند ذلك يحل له وطؤها وإن لم نقل يعود الاستيلاد في ذلك البعض.

❊ ❊ ❊


تقدم أنها لا تباع وهي حامل. قال الروياني: فإن قيل: إذا باعها وهي حامل بحرٍّ، هلَّا خرج على تفريق الصفقة؟

قلنا: تفريق الصفقة فيما يتصور فيه الإفراد بعقدٍ يتوهم صحته، والحمل في البطن لا يفرد بالعقد في البيع.

فإن قيل: فاجعله كالمعدوم، ووجه العقد على الأم.

قلنا: لو انفرد عنها في العقد لانفرد في التقويم عند الاستهلال.

فإن قيل: هلا جوزتم بيعها على القول بأن الحمل لا يعرف.

قلنا: للحمل أمارات لا تخفى، [٢/١٥٢] ⇑ وصورة المسألة: إذا لاحت تلك الإمارات، فإن باعها قبل ظهور الأمارات، ثم بان الحمل المستند إلى وقت العقد أبطلنا العقد.

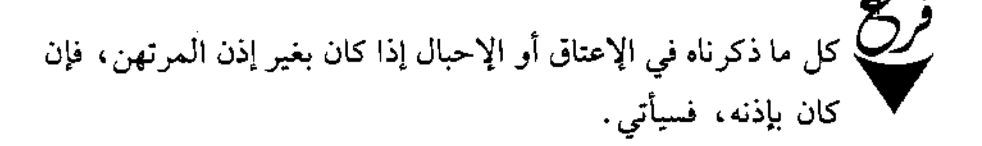
فإن قيل: هلا وقف العقد بعد ظهور الأمارات على القول بوقف العقود.

قلنا: إنما لم يفعل ذلك؛ لأن بيعها لا يستغني عن تعيينها، والإشارة في العقد، ومعقول أنك إذا أشرت إلى الحبلى؛ كانت الإشارة إليها غير مقصورة عليها دون حملها؛ لأن الحمل كصفة من صفاتها.

فائدة:

قد يتوهم أن قول المزني موافق لأحد الأقوال الثلاثة، وليس كذلك، فإن الأقوال الثلاثة في خروجها من الرهن، كما تقدم عبارة الماوردي، ومن أطلقها في الاستيلاد، فمراده: هل يثبت في حق المرتهن حتى تخرج من الرهن أو لا؟ على الأقوال الثلاثة، والقول بأنها لا تصير مستولدة في حق المرتهن، ولا تخرج من الرهن موسرًا كان الراهن أو معسرًا بعده نظر آخر، وهو أن هذا الحكم هل يختص بالمرتهن أو في حق الراهن أيضًا، فعلى

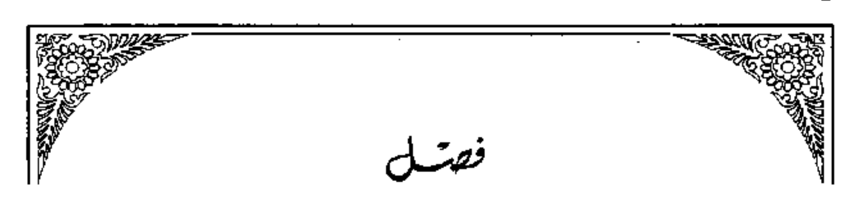
الصحيح يختص بالمرتهن، أما الراهن، فإنها أم ولد في حقه قطعًا، وعلى قول المزني لا يختص، بل إذا أبطلنا الاستيلاد أبطلناهُ في حقهما جميعًا، وينبني على المأخذين الحكم باستيلادها إذا بيعت ثم عادت، فعلى الصحيح يحكم بالاستيلاد، وعلى مأخذ المزني لا يُحكم به، وأما العتق، فعلى الطريقة الصحيحة، وهو أن الرهن إذا انفك لا ينفذ العتق إذا كنا قد أبطلناه يجب أن تكون الأقوال الثلاثة في نفوذ العتق في حق الراهن والمرتهن جميعًا، وإذا ألغيناه من المعسر على الصحيح، أو من الموسر على قول، كان معناه الإبطال مطلقًا، كعتق المحجور عليه، وبهذا يظهر لك أن الإحبال ليس مساويًا للإعتاق، وإنما الإحبال في حق المرتهن بمنزلة الإعتاق في حقهما، وحاصله: أن العتق والإحبال يفترقان في حق الراهن، ويستويان في حق المرتهن، والأقوال في العتق جارية مطلقًا، وفي الإحبال في حق المرتهن فقط. وقيل: في حقهما، ومحل الفرق بين الإحبال والعتق، إنما هو في حق الراهن، هذا إذا أجرينا الأقوال منهما، ومن يقطع فلا يخفى قوله.



فرع كل ما ذكرناه في الإعتاق أو الإحبال إذا كان بغير إذن المرتهن، فإن كان بإذنه، فسيأتي.



قال:



فصل

[في وقف المرهون]

وإن وقف المرهون، ففيه وجهان؛ أحدهما: أنه كالعتق؛ لأنه حق لله تعالى لا يصح إسقاطه بعد ثبوته، فصار كالعتق. والثاني: أنه لا يصح؛ لأنه تصرف لا يسري إلى ملك الغير، فلا يصح كالبيع والهبة.



الشرح

يُريد بالوجهين: الطريقين، «واحترز بقوله: «لا يصح إسقاطه بعد ثبوته»، من التدبير، فإنه إذا رهن عبدًا وأقبضه ثم دبره، لم يحكم ببطلان التدبير»[1]، كذا قال صاحب «البيان».

وقال صاحب «الاستقصاء»: إنه احتراز من حد قاطع الطريق، فإنه يسقط بالتوبة.

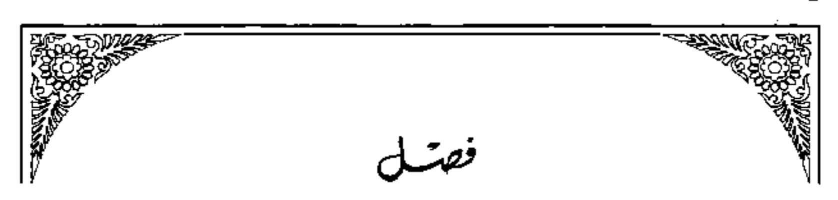
واحترز بقوله: «لا يسري»، من العتق، والصحيح الطريقة الثانية، وهي القطع بالمنع لقوة العتق.

وقال المتولي: إن قلنا: الوقف لا يحتاج إلى قبول، فهو كالعتق، وإلا فيقطع بالمنع، وهذه طريقة ثالثة، والصحيح: القطع بالمنع مطلقًا؛ لأن العتق أقوى من الوقف، وإن قلنا لا يحتاج إلى قبول.

---

(١) البيان (٦/ ٨٢).

قال:



فصل

[الإذن بالانتفاع من المرتهن]

وما منع منه [المرتهن لحقِّ المرتهن][1]؛ كالوطء والتزويج وغيرهما إذا أذن فيه جاز له فعله؛ لأن المنع لحقه، فزال بإذنه وما بطل لحقه، كالبيع والعتق وغيرهما إذا فعله بإذنه صح؛ لأن بطلانه لحقه فصح بإذنه.



قد عُلم أن الراهن ممنوع مما يضرُّ بالمرتهن من الانتفاعات؛ كالوطء وغيره ومن التصرفات؛ كالتزويج والبيع والعتق وغيرها، فإذا أذن المرتهن حل وصح، فما كان من الانتفاعات يوصف بالحل ولا يوصف بالصحة، وما كان من التصرفات يوصف بالحل والصحة معًا، فقول المصنف: «وما منع منه»؛ إشارة إلى التحريم المقابل للحِلِّ ولا شك [٢/١٥٢ب] أنه شامل للنوعين وقد مثل المصنف بالوطء وهو من النوع الأول والتزويج، وهو من النوع الثاني وحكم بحلهما بإذن المرتهن وهو صحيح.

وقوله: «وما بطل» خاص بما يوصف بالصحة والبطلان، وهو النوع الثاني؛ أعني: التصرفات من العقود والعتق، وإنما ذكره المصنف؛ لأنه حكم غير الحل والحرمة، ولا يستلزم أحدهما الآخر.

---

(١) في المطبوع من المهذب: «الراهن لحق المرتهن».

وقوله: «كالبيع والعتق» كان ينبغي أن يقول: والتزويج؛ لئلا يتوهم أنه غير داخل في هذا النوع حيث ذكره في الأول وأهمله هنا، ولما كان الحكم بالحل على الفعل محتاجًا إلى معرفته للإقدام عليه قال إذا أذن فيه جاز، وأراد بالجواز هنا الحل لا الصحة، ولما كان الحكم بالصحة متأخرًا عن الفعل؛ إذ الصحة وصف له أشار إلى ذلك بقوله إذا فعله بإذنه صح، وليس لك أن تقول: إن الحل والصحة كلاهما من أحكام الفعل وصفاته؛ لأنا نقول: وإن كان كذلك إلَّا أن إباحة الأقدام ثابتة قبل الفعل لا وقت لها إلَّا ذلك وليست قائمة به، والصحة كون العقد بحيث يترتب أثره عليه، وهذا صفة قائمة بالفعل فلا توجد قبله، وتعليل المصنف في النوعين صحيح، ولا نقول بأن الرهن بطل ولا سقط حق المرتهن من المنع، ولا أن الراهن يتصرف بطريق الوكالة عن المرتهن، بل تصرف الراهن وإطلاقه في الانتفاع لنفسه كان ممنوعًا لحق المرتهن الذي يثبت له بالرهن، فإذا أذن ارتفع ذلك المنع مع بقاء الرهن والحق حتى يجوز له الرجوع متى شاء قبل التصرف، وكذا بعده، وإن كان ذلك مما يتكرر مع بقاء الملك، كالوطء إذا أذن له فيه ووطئ ولم تحبل، فإن للمرتهن أن يرجع متى شاء.

فرع إذا وطئ بإذنه، فإن لم يُحبل، فالرهن بحاله، وإن أحبل نفذ موسرًا كان أو معسرًا ولا قيمة عليه، وإن أذن له في وطئها دون إحبالها، فوطئها وأحبلها؛ خرجت من الرهن؛ لأن الإحبال غير ممكن، فصار مأذونًا فيه، وإذا رجع قبل الوطء، امتنع الوطء، فإن خالف ووطئ فأحبل، فإن كان عالمًا برجوعه، فكما لو أحبل بغير إذن، وإن كان جاهلًا، فعلى وجهين مخرجين من تصرف الوكيل قبل العلم بعزله؛ أحدهما: يكون حكم الإذن باقيًا.

والثاني: لا، حكاهما الماوردي[١]، ومقتضى إلحاقه بالوكيل، أن يكون الثاني أصح، وسيأتي هذا.



(١) الحاوي (٦/ ٦٠).

قال:

فإن أذن له في البيع أو العتق، ثم رجع قبل أن يبيع أو يعتق، لم يجز البيع والعتق؛ لأنه بالرجوع سقط الإذن، فصار كما لو لم يأذن، وإن لم يعلم بالرجوع عن الإذن فباع أو أعتق، ففيه وجهان؛ أحدهما: أنه يسقط الإذن ويصير كما لو باع أو أعتق بغير الإذن.

والثاني: أنه لا يسقط الإذن بناء على القولين في الوكيل إذا عزله الموكل، ولم يعلم حتى تصرف.



متى رجع المرتهن بعد البيع أو العتق أو الاحبال، فلا حكم لرجوعه، ومتى رجع قبله امتنع البيع والعتق والوطء، **والوجهان** فيما إذا تصرف ولم يعلم بالرجوع، حكاهما المصنف وغيره في البيع والعتق، **أصحهما**: أنه يسقط حكم الرهن، وقد قدمناهما عن الماوردي في الوطء.

وأكثر الأصحاب: أطلقوا هذين الوجهين، وفصل أبو علي الطبري في «الإفصاح» فقال: إن رجع في الإذن قبل وقوع البيع فإن كان يمكن في مثله الوقوف على رجوعه، فعلى وجهين، وإن كان لا يمكن في مثله، فعلى قول واحد أن بيعه صحيح، ولا معنى لرجوعه؛ قياسًا على ما قال الشافعي في الولي إذا دفع من وجب له حق القصاص إلى سَيَّاف، فرجع في الإذن قبل القتل.

قال الروياني: «وهذا التفصيل لم يقله غيره»[1]، وإذا سقط حكم الإذن،

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٢٨).

لم ينفذ البيع، وأما العتق والإحبال، فعلى الأقوال السابقة، وأما قوله في «الروضة»: «ولو رجع عن [٢/١٥٣] الإذن ولم يعلم الراهن فتصرف، لم ينفذ على الأصح»[١]، فمراده حيث لا ينفذ بدون الإذن، وعبارة الرافعي سالمة عن ذلك، كعبارة المصنف، وسائر التصرفات كالبيع والعتق، ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار فرجع المرتهن، لم يصح رجوعه على الأصح؛ لأن البيع مبني على اللزوم، والخيار دخيل إنما يظهر أثره في حق من له الخيار، وإذا لم يصح رجوعه لم يبطل البيع.

والثاني: يصح ويبطل البيع به، ولو أذن في الهبة والإقباض ورجع قبل الإقباض؛ لأنه الركن الأقوى في الهبة.

وقال الروياني: «الأصح أنه لا يصح الرجوع؛ لأن الهبة تنافي مقتضى الرهن، وإن لم يتصل بها القبض»[٢]، وفي عود الرهن إذا انفسخ البيع والهبة، **وجهان؛ أصحهما** عند الروياني: أنه لا يعود[٣]، بخلاف تخمر العصير وتخلله، والأقرب أنه بانفساخ الهبة قبل القبض يتبين أن الرهن لم يزل، وفي انفساخ البيع في زمان الخيار ينبني على أحوال الملك.

فإن قلنا: لم ينتقل، نتبين أنه لم يزل، وإلا فنعلم أنه قد زال ولا يعود.

فرع

«رهن عبدًا عند رجلين، فأذن أحدهما في إعتاق بصفة فأعتقه، صح ويعتق الباقي إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا لم يعتق على القول الذي لا ينفذ عتق الراهن»، قاله الروياني[٤].

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٨٢).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٧٦) بمعناه.

(٣) المصدر السابق.

(٤) بحر المذهب (٥/ ٢٢٠).

فرع أذن المرتهن للراهن في الإعتاق، فرد الراهنُ إذنه وقال: لا أعتقه، ثم أعتقه. قال الروياني: «قال والدي: يحتمل وجهين؛ أحدهما: لا يقع. **والثاني:** يقع»[(١)].

فرع «لو قال بعد الإذن من غير رد أعتقته عن كفارتي جاز، وإن كان الإذن مطلقًا، ولو قال: أعتقنيه إن دخل الدا،ر لم يكن إعتاقًا بالإذن، ولو قال: أعتقته إن كان كذا، وكان ذلك، لم يكن إعتاقًا بالإذن أيضًا، ويحتمل جوازه هنا؛ لأن فائدة ذلك العتق المنجزُ» قاله الروياني[(٢)].

فرع لو قال الراهن للمرهون وعبد آخر: أحدكما حر، عتق الذي ليس بمرهون، فلو قال المرتهن: أذنتُ لك بفرض الحرية في الآخر، لم يصح اعتبارًا بعبد الغير، وفيه وجه آخر: أنه يقال: عين الحرية وأفرضها، فإن فرضها في المرهون، لم تقع على واحد منهما، وإن فرضها في غير المرهون، وقع العتق، وهكذا لو قال لعبده وغيره: أحدكما حرٌّ على هذا القياس وعلى هذا الوجه أيضًا لا اعتبار بالرضا الحاصل بعد الإعتاق وقبل الفرض كما لا اعتبار به فيما ذكرنا.

فرع أذن المرتهن في إعتاقه فقال الراهن له ولعبد آخر غير مرهون: أعتقت أحدكما، ثم فرض الحرية في المرهون هل يصح؟ فيه وجهان، قال الروياني: «والصحيح أنه لا يصح»[(٣)].

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٢١). (٢) المصدر السابق.
(٣) في بحر المذهب (٥/ ٢٢١) قال: «والصحيح أنه يصح».


فرع قال له المرتهن: أعتقه فقال: أعتقته عن فلان وكان فلان أذن له في إعتاقه عنه فيه وجهان والأصح جوازه.

فرع قال المرتهن: أعتقه إذا دخل الشهر الفلاني، ثم قال: أعتقه اليوم، هل يكون هذا رجوعًا عن الأول، قال الروياني: «يمكن أن يُقال: لا يكون رجوعًا، فإن أعتقه في ذلك اليوم جاز، وإن أخر عتقه إلى دخول الشهر، جاز أيضًا، فإن عرف من قصده بالقول الثاني الرجوع عن الأول كان رجوعًا، وكذلك القول في عبد غيره»(١) هذه الفروع كلها من «البحر».

فرع «فرعه الشافعي في «الأم» على عدم وجوب القيمة بإحبال الجارية إذا أذن المرتهن في الوطء، فقال: إذا أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد فضربه، فمات لم يضمنه؛ لأن الأمر بالضرب يقتضي كل ضرب ويخالف ضرب الإمام التعزير؛ لأن الدليل قد دل على أن المراد بالتعزير ما لا يتلف ولم يدل على مراد المرتهن فكان ⇑ [٢/١٥٣ب] الحكم لإطلاق لفظه أو لأن ذلك مشروط بالسلامة بخلاف هذا الضرب، فإنه مطلق.

وقال بعض أصحابنا: إن تضمن إذنه للضرب للتأديب يشترط السلامة أيضًا كما في الضرب الشرعي»، هكذا نقل الروياني(٢) هذا الفرع، والذي نقله الرافعي: أنه إن أذن في الضرب لم يضمن، وإن أذن في التأديب ضمن، والذي رأيته في «الأم»: «لو أذن له في أن يضربها فضربها فماتت، لم يكن له عليه أن يأتيه ببدلٍ منها يكون رهنًا مكانها؛ لأنه لم يتعد عليه في

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٢٢).

(٢) المصدر السابق.

الضرب»[١]، هذا لفظه، وعلله الإمام بأن الأمر بالضرب أمرٌ بجنسه بالغًا ما بلغ، قال: «وهذا محتمل عندي، فإن الضرب مخالف للقتل، فالأمر به أراه مشعر بالاقتصار عليه»، قال: ولو قال: «أدب عبدي فلا يشك أنه لو قتله ضمنه، فإن التأديب مصرح بإبقاء المؤدَّب»[٢]، وعدى الأصحاب هذا الحكم إلى غير الرهن، فلو أذن السيد لأجنبي في ضرب عبده أو تأديبه، فالحكم على ما سبق، وأما الزوج والوالد فحكمهما، حكم الإمام، وكذا المعلم.

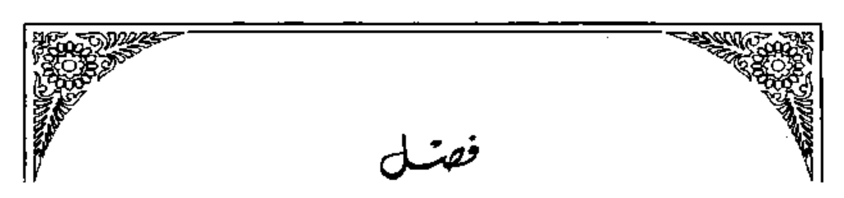
فرع إذا أحبلها لا فرق بين أن تلد أو تسقط ما ظهر منه خلق آدمي على ما هو مبين في موضعه.



(١) الأم (٣/ ١٤٧).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٢١).

قال:



فصل

[الإذن للراهن بالتصرف]

وإن أذن له في العتق، فأعتق أو في الهبة، فوهب وأقبض بطل الرهن؛ لأنه تصرف ينافي مقتضى الوثيقة فعله بإذنه، فبطلت به الوثيقة، وإن أذن له في البيع لم يخل إما أن يكون في دين حالٍّ أو في دين مؤجل، فإن كان في دين حالٍّ تعلق حق المرتهن بالثمن ووجب قضاء الدين [منه](١)؛ لأن مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه، وإن كان في دين مؤجل، نظرت: فإن كان الإذن مطلقًا فباع، بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة؛ لأنه تصرف في عين الرهن لا يستحقه المرتهن فعله بإذنه، فبطل به الرهن، كما لو أعتقه بإذنه، وإن أذن له في البيع بشرط أن يكون الثمن رهنًا، ففيه قولان؛ قال في الإملاء: يصح، ووجهه أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهنًا إلى أن يوفيه جاز. وقال في «الأم»: لا يصح؛ لأن ما يباع به من الثمن مجهول، ورهن المجهول لا يصح، وإذا بطل الشرط بطل البيع؛ لأنه إنما أذن في البيع بهذا الشرط، ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع، وإن أذن له في البيع بشرط أن يعجل الدين فباع، لم يصح البيع، وقال المزني: يبطل الشرط ويصح العقد(٢)؛ لأنه شرط فاسد سبق البيع فلم يمنع صحته، كما لو قال لرجل:

---

(١) المختصر (٨/ ١٩٣) بمعناه.

(٢) زيادة من المطبوع من المهذب.

بع هذه السلعة ولكل عشر ثمنها، وهذا خطأ؛ لأنه إنما أذن بشرط أن يعجل الدين، وتعجيل الدين لم يسلم له، فإذا لم يسلم له الشرط، بطل الإذن فيصير البيع بغير إذن، ويخالف مسألة الوكيل، فإن هناك لم يجعل العوض في مقابله الإذن وإنما جعله في مقابلة البيع، وها هنا جعل تعجيل الدين في مقابلة الإذن، فإذا بطل التعجيل بطل الإذن، والبيع بغير إذن المرتهن باطل، وذكر عن أبي إسحاق أنه قال في هذه المسألة قولًا آخر: أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهنًا، كما لو أذن له في البيع بشرط أن يكون ثمنه رهنًا.



فيه مسائل؛ الأولى: إذا عتق أو وهب واقتضى بالإذن بطل الرهن، وكذا إذا باع على ما ذكره الرافعي(١)، ولا شك فيه إذا تم البيع، أما إذا انفسخ في خيار المجلس أو الشرط، فيشبه أن يقال: إن قلنا للمرتهن: الرجوع في زمن الخيار فلا؛ لأنه لو بطل لم يكن له الرجوع، **وإن قلنا:** ليس له الرجوع وهو الأصح، فيبطل، وحكم الإحبال حكم العتق، ولا يغرم الراهن القيمة في شيء من ذلك؛ لأنه بالإذن ومحل قول [٢/١٥٤] الرافعي أن الرهن يبطل بالبيع إذا لم يكن البيع في وفاء الدين، وحكم بطلان الرهن بهذه الأمور حكم انفساخه إذا أذن له ففسخ، بل هذه التصرفات هي فسخ في الحقيقة حتى لو عاد المرهون إليه يومًا ما لا يثبت عليه حكم الرهن.

المسألة الثانية: إذا أذن له في البيع والدين حالّ؛ إما من الأصل، وإما كان مؤجلًا وحلّ، فإن لم يشترط شيئًا كان عليه أن يعطيه ثمنه؛ لأنه وجب له بيعه وأخذ حقه من ثمنه نص عليه في «المختصر»(٢)، وإن شرط أن يعطيه

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٤).
(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٣).

حقه قال في «الأم»: «عليه أن يدفع إليه ثمن الرهن لا يحبس منه شيئًا»(١)، وعلى هاتين الصورتين يحمل كلام المصنف، ولا يبطل الرهن بالبيع فيهما، بل حكمه باقٍ في الثمن حتى يستوفي المرتهن حقه، أما إذا اشترط، فظاهر كما نص عليه في «الأم»؛ لأنه شرط توافق مقتضى الرهن، وأما إذا لم يشرط فلان ذلك مقتضى الرهن والإطلاق يحمل عليه، كما اقتضاه نصه في «المختصر» وصرح الروياني «بأنه إن شرط هنا أن يكون ثمنه رهنًا مكانه كان ثمنه رهنًا بمقتضى البيع لا بالشرط، وكان الشرط تأكيدًا، قال: وهكذا إن شرط أن يقضي حقه من ثمنه»(٢). انتهى.

وسيأتي في كلام المصنف مثله في المسألة الرابعة، أعني قوله: أنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهنًا إلى أن يوفيه جاز، وهكذا صرح به الشيخ أبو حامد، كما صرح به المصنف مستدلًّا به للقول المنصوص في «الإملاء» في المؤجل، وسنذكر من كلام الرافعي ما يخالفه، ويحرر هذا في الكلام على المؤجل، وإن شرط أنه لا يعلق له بثمنه، فها هنا هو الذي يبطل الرهن بالبيع وكان أذن له في فسخه، فهذه الصورة تخرج من إطلاق المصنف.

فإن قلت: كلام المصنف لم يشملها؛ لأنه إنما قال: إن كان في دين حالّ ومعناه أن يأذن له في بيعه في وفاء الدين، فلم تدخل هذه الصورة، ولو قال: فإن كان الدين حالًّا دخلت.

قلت: يصد عن ذلك قوله: وإن كان في دين مؤجل وتقسيمه إلى ما لا يكون في وفاء الدين.

---

(١) الأم (٣/ ١٤٨).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٣٠).

المسألة الثالثة: إذا كان الدَّين مؤجلًا، وأطلق الإذن، فيبطل الرهن بالبيع، لما ذكره المصنف، ولا يلزم الراهن أن يدفع من ثمنه شيئًا ولا أن يجعل رهنًا مكانه.

وعن أبي حنيفة: «أنه يلزمه أن يرهن ثمنه مكانه أو يقضي الدين»(١).

لنا: القياس على العتق والهبة، واعترض ابن الرفعة بالفرق بأن ملكه في البيع ينتقل إلى الثمن، فجاز أن يجري عليه حكمه، وقال: إنه لا يبعد أن يقول بعض أصحابنا بقول أبي حنيفة؛ تفريعًا على أنها لو شرط ذلك أخذًا من أن إذنه المطلق متردد على إبطال حقه من الوثيقة، أو من عينها دون ماليتها، والأصل بقاء حقه، لكني لم أر من قال به، ولا أومى إليه، ولعل سببه أنا أبا حنيفة يقول كما يفهمه كلام من نقل عنه من أصحابنا أنه يحتاج إلى تجديد عقد الرهن، والرهن عندنا لا يجب بحال وما ذكرناه من البحث يقتضي أن حكم الرهن يتعدى إلى الثمن من غير عقد، كما نقول في الأرش المأخوذ من الجاني على المرهون أو بعضه يصير مرهونًا بقبضه من غير إنشاء عقد. انتهى.

والجواب: : أما كون ملكه ينتقل إلى الثمن، فلا يقتضي أن ينتقل إليه الرهن، وأما حمل الإذن المطلق على إبطال عين الوثيقة دون ماليتها، فالوثيقة ليست إلَّا في العين، وانتقالها إلى البدل في الجناية بحكم الشرع ولم يصدر ما يبطلها، وهنا صدر ما يبطلها وهو البيع الذي ليس لحق المرتهن، فإنه إنما استحق البيع عند الحلول وقبله البيع غير مستحق والرهن ينافيه، فإذا أذن فيه ووجد ارتفع الرهن لمضادته إياه، وأما صحته على رأيي إذا شُرط فليس من هذا القبيل، بل هو من باب نقل الوثيقة ⇑ [٢/١٥٤ب] بالتراضي ولم

---

(١) انظر: التجريد للقدوري (٦/ ٢٧٨٦).

يوجد هنا ما يدل عليه، وأما كون الرهن لا يجب بحال ابتداءً، فعندنا وعند أبي حنيفة، وأما دوامًا فقد قال بعض أصحابنا فيما إذا أحدث قيمة المرهون المجني عليه أنه يحتاج إلى إنشاء رهن، ومن يقول بهذا يقول بوجوبه، وقوله: «وما ذكرناه من البحث. . . إلى آخره» قد ظهر جوابه، وهو أيضًا لم يقل به أحد من الأصحاب، ولا أومى إليه، ووافق محمد بن الحسن أبا حنيفة، وخالفه أبو يوسف[1] فقال بقولنا.

وقول المصنف: «لأنه تصرف في غير الرهن» احتراز من الاستخدام والإجارة ونحو ذلك.

وقوله: «لا يستحقه المرتهن» احتراز من بيعه بعد المحل.

المسألة الرابعة: إذا شرط في المؤجل أن يكون الثمن رهنًا، **فالقولان**؛ **أحدهما**: يصح الإذن والبيع ويكون ثمنه رهنًا كما شرط، وهو المنقول عن نصه في «الإملاء والصرف»[2]، وبه قال أبو حنيفة، والمزني، وأصحاب أحمد[3].

واستدل له الرافعي: «بأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شرعًا، كما لو أتلف المرهون، فجاز أن ينتقل إليه شرطًا»[4].

واستدل له المصنف: بأنه لو أذن له في بيعه بعد المحل بشرط كون ثمنه رهنًا جاز، وهكذا استدل له الشيخ أبو حامد.

والقول الثاني، وهو المنصوص في «الأم»[5]: يبطل الإذن والبيع، وهو

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٤٦).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٧٣).
(٣) انظر: فتح العزيز (٤/ ٤٩٥).
(٤) فتح العزيز (٤/ ٤٩٥).
(٥) الأم (٣/ ١٤٨).

الصحيح عند الماوردي[١]، والمحاملي في «التجريد»، و«المجموع»، والغزالي[٢]، لما ذكره المصنف، وكما لو أذن له بشرط أن يرهن عنده عينًا أخرى، وهذه العلة أحسن، فإن علة المصنف توهم أنه إذا عين الثمن يصح؛ لزوال الجهالة وليس كذلك، ولا أن يكون الثمن معلومًا أو مجهولًا هذا الذي يظهر من إطلاق الأصحاب الحكم لكن كثير منهم وافق المصنف على التعليل بالجهالة، حتى الشافعي في «الأم»[٣] والرافعي[٤] وغيره، ويتوهم أنه لو عين الثمن لم يطرد الحكم وهو بعيد، على أنني لم أر من صرح به ولا بخلافه وقرَّب القاضي حسين القولين من الخلاف فيما يتسارع إليه الفساد، والغزالي[٥] قال: مأخذهما جواز نقل الوثيقة إلى عين أخرى، واعترض ابن الرفعة على الأول بأن المنصوص فيما يتسارع فساده في «الأم» الصحة وهنا الفساد، وهو المصحح عند الأصحاب، وعلل الثاني بأن الخلاف في نقل الوثيقة من عين إلى عين خالية عما يمنع ابتداء رهنها، وقد قال الماوردي هنا: «لو رهنه بشرط أن يباع ويكون عنه رهنًا مكانه، كان باطلًا قولًا واحدًا»[٦]، ثم قال ابن الرفعة: إن ظاهر ما نقل عن «الإملاء والصرف» أن محله إذا شرط أن يكون الثمن رهنًا من غير ابتداء عقدٍ، فإن فيه إذا بيع كان الثمن رهنًا وظاهر كلامه في «الأم» يقتضي اشتراط ابتداء عقد الرهن على الثمن بعد البيع، فإن لفظه: «لو أذن له أن يبيعه على أن يكون

---

(١) الحاوي (٦/ ٧٣).

(٢) انظر: فتح العزيز (٤/ ٤٩٥).

(٣) الأم (٣/ ١٤٨).

(٤) فتح العزيز (٤/ ٤٩٦).

(٥) الوجيز (١/ ٣٣٢).

(٦) الحاوي (٦/ ٧٣) بمعناه.

المال رهنًا لم يجز البيع، وكان كما لو أذن له أن يبيعه على أن يقضيه ثمنه»[(١)].

قلت: هذه العبارة لا تقتضي ابتداء عقد، بل تقتضي أن يكون رهنًا بمجرد البيع والظاهر أن الحكم سواء في الصورتين، وأن على نصه في «الإملاء» يصح شرط كونه رهنًا، وشرط أن يرهنه[(٢)] وعلى نصه في «الأم»[(٣)] لا يصح فيهما وقد تقدم بعض هذا عند قول المصنف، فإن أراد الراهنان أن يقتسما. وقال الرافعي: «إن هذين القولين سواء أكان الدين حالًّا أم مؤجلًا»[(٤)] وسبقه إلى ذلك صاحب «التهذيب» وسبقهما القاضي حسين، وهو أول من قال ذلك فإنه ذكر القولين [٢/١٥٥] في المؤجل، ثم قال: وإن كان حالًّا فأذن له في البيع مطلقًا يلزمه قضاء الحق من ثمنه، وإن شرط قضاء حقه من ثمنه زاد تأكيدًا، وإن شرط أن يضعه رهنًا مكانه، فيخرج على القولين؛ لأنه أغلق باب التصرف على نفسه في العين، وقصد النقل إلى بدلها كما في المؤجل. انتهى.

وقد تقدَّم من كلام المصنف والشيخ أبي حامد جواز ذلك، ومن كلام الروياني أيضًا، وقال: «إنه تأكيد»[(٥)]، وهو صحيح؛ لأنه إذا تعين الثمن للموفِّي، فهو رهن إلى أن يحصل الوفاء، فأي زيادة لاشتراط كونه رهنًا.

نعم، الذي قاله القاضي حسين، والبغوي، والرافعي، إنما هو فيما إذا شرط أن يجعل ثمنه رهنًا، والذي قاله الشيخ أبو حامد والمصنف والروياني

---

(١) الأم (٣/ ١٤٨) بمعناه.
(٢) انظر: الحاوي (٦/ ٧٣).
(٣) الأم (٣/ ١٤٨).
(٤) فتح العزيز (٤/ ٤٩٥) بمعناه.
(٥) بحر المذهب (٥/ ٢٣٠).

فيما إذا شرط أن يكون ثمنه رهنًا، فيمكن أن يقال: هما مسألتان، إن شرط كونه رهنًا، فهو تأكيد لما قلناه، وكلام القاضي حسين لا يخالفه، وإن شرط جعله رهنًا ففيه القولان، وكلام المصنف لا يخالفه.

فإن قلتَ: قد قدمت أن محل القولين في كلام الشافعي إذا شرط كون ثمنه رهنًا، وقلتَ: إنه لا فرق بين ذلك وبين شرط جعله رهنًا.

قلت: نعم ذلك في المؤجل؛ لأنه كون ثمنه رهنًا غير مستحق، فإذا شرطه جرى فيه القولان، كما نصَّ عليه، ويؤخذ منه جريان القولين إذا شرط جعله رهنًا، والدين مؤجل أيضًا؛ لأنه أيضًا غير مستحق، ويحتمل أن تقطع فيه بالبطلان، أما الحالُّ فشرط كونه رهنًا لا يزيد على ما اقتضاه بيع الرهن، فيصح ويكون تأكيدًا، وشرط إنشاء رهن عليه، هو الذي خرَّجه القاضي حسين على القولين ولكن تعليله ليس بالواضح، والتخريج في نفسه محتمل أن يُوافق عليه؛ لأن إنشاء الرهن لا يجب، فصار كما لو شرط في المؤجل أو تعلل المنع بأنه شرط شيء لا يجب، ولا فائدة فيه الجواز بأن مقصوده كونه رهنًا، فيكون تأكيدًا، ولو أذن في الإعتاق أو الإحبال بشرط أن يجعل القيمة رهنًا جرى القولان، ولا فرق هنا بين أن يكون الدين حالًّا أو مؤجلًا؛ لأنه لا ثمن يتعين لوفاء دين المرتهن، فلم يبق إلَّا نقل الوثيقة من العين إلى قيمتها.

واعلم أنا قلنا: إذا شرط في البيع رهنًا لا يجب الوفاء به، بل إذا امتنع فللبائع الخيار، وهنا إذا أذن في البيع بهذا الشرط وقلنا بصحته، فعبارة الرافعي «أن على الراهن الوفاء بالشرط»[(١)]، وعبارة الشافعي والماوردي: «كان الثمن رهنًا»[(٢)]، وهي مبنية على أن الشرط أن يكون رهنًا، وعبارة

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٥). (٢) الحاوي (٦/ ٧٣).

الرافعي مبنية على أن الشرط أن يجعله رهنًا، وعلى هذا كان قياس ما قلناه في شرط الرهن أن يقال هنا في هذه الصورة إذا لم يوف بالرهن يثبت للمرتهن الخيار، ويتسلط على فسخ البيع، إلَّا أنه بعيد أن يتسلط غير المتبايعين على الفسخ، والرافعي لم ينفرد بهذه العبارة، بل قالها غيره، والذي يُفهم من كلامهم أنه يُجبر على جعله رهنًا، ولعلهم تسمحوا في العبارة وأرادوا ما قاله الشافعي من كونها تصير رهنًا، وأن الشرط ذلك، ويبينه أن الرافعي ذكر المسألة عند الكلام فيما إذا أذن المرتهن للراهن أن يصالح عن أرش الجناية، وقال: «إنه مرَّ أنه إذا أذن بشرط يكون الثمن رهنًا، ففي كونه رهنًا قولان»[(١)]، وهذا كعبارة غيره، فعُلِم أن عبارته هنا غير محرَّرة، وأن مراده منها ما ذكره هناك، ولو عكسنا، وحملنا كلامه هناك على ما قاله هُنا لصح، ولكن يخالف كلام الشافعي هذا في البيع، وأما في العتق والإحبال، فلا يتخيل خيارٌ وينحصر الأمر في صيرورة القيمة رهنًا على عبارة الشافعي[(٢)]، أو في وجوب الوفاء برهنها على عبارة الرافعي[(٣)] وصيرورتها رهنًا له شاهدٌ في نقل الوثيقة وفي بيع ما يتسارع فساده، وأما {٢/١٥٥ب} ⇑ وجوب رهنها، فلا شاهد له على أن في الاستشهاد بنقل الوثيقة إشكالًا آخر من جهة أن نقل الوثيقة عقد ناجز اقتضى تبدل محل الرهن، وهنا اشتراط ذلك، ويحصل التبدل عند البيع بغير عقد، وكأنه نزل اشتراط المرتهن وتصرف الراهن بمنزلة العقد، وكل هذا أدى إليه القول بصحة الشرط، وهو مما يدل على ضعفه، ولذلك الأصح عند الأصحاب البطلان، وشذَّ ابن أبي عصرون، فصحح الصحة، واتفقوا على أنا إذا صححناه جعلنا

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥١٤).

(٢) الأم (٣/ ١٤٨).

(٣) فتح العزيز (٤/ ٤٩٥).

الثمن رهنًا كما شرط، إلَّا صاحب «العدة»، فإنه قال: إذا قلنا: يصح فباعه جعل قيمته رهنًا، وقال المزني: «يضع ثمنه رهنًا»(١).

وكل هذا إذا تلفظ المرتهن بالشرط، أما إذا أذن مطلقًا ثم قال: كنت قصدتُ هذا الشرط ولم أنطق به، فلا يتلفت إليه؛ لأنِ الاعتبار باللفظ، وإن ادعى أنه تلفَّظ به ولم يصدقه الراهن، فسيأتي في باب الاختلاف إن شاء الله.

المسألة الخامسة: في المؤجل إذا أذن بشرط تعجيل الدين، فباع الراهن، فلا خلاف أن شرط التعجيل فاسد، والمنصوص فساد الإذن والبيع، قال الشافعي في «المختصر»(٢): «ولو أذن له أن يبيعه على أن يعطيه ثمنه لم يكن له بيعه؛ لأنه لم يأذن له إلَّا على أن يعجل له حقه، فالبيع مفسوخ»، وقال المزني: «أشبه بقول الشافعي في هذا المعنى ألَّا يفسخ الشرطُ البيعَ، ألا ترى أن من قوله: لو أمرتُ رجلًا ببيع ثوبي على أن له عشر ثمنه، فباعه أن البيع جائزٌ لا يفسخه فساد الشرط في الثمن، فكذا إذا باع الراهن بإذن المرتهن لا يفسخه فساد الشرط في الثمن»، قال المزني: «وينبغي إذا أنفذ البيع على هذا أن يكون الثمن مكان الرهن أو يتقاصان»(٣). انتهى.

وقد ردَّ المصنف وأكثر الأصحاب ما قاله المزني وفرقوا بما قاله المصنف، ولا شك في ظهوره، وجعلوا المسألة على قول واحد، أن الإذن فاسد والبيع فاسد، وفرقوا بين هذه المسألة والتي قبلها، وهي إذا شرط أن يكون الثمن رهنًا حيث جرى فيها قولان بأنه لما صح الشرط في

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٣) بمعناه.
(٢) المصدر السابق بمعناه. (٣) نفس المصدر بمعناه.

تلك المسألة على أحد القولين، وهو أن يكون الثمن رهنًا مكانه، صح الإذن على أحد القولين أيضًا، ولما فسد الشرط في هذه المسألة قولًا واحدًا، وهو تعجيل الثمن من حقه قبل محله فسد الإذن والبيع قولًا واحدًا، وهذه طريقة البصريين، وكثير من غيرهم، وإليها أشار المصنف بردِّه على المزني، وحُكي عن أبي إسحاق المروزي أنه خرجها على قولين، كالمسألة قبلها، **أحد القولين**: أن الإذن فاسدٌ والبيع مفسوخ والرهن بحاله، **والقول الثاني**: أن الإذن صحيح والبيع ماضٍ والشرط مفسوخ، ويكون الثمن رهنًا مكانه، فلا يلزمه تعجيله، وهذا قول المزني بعينه، وممن قال به أبو حنيفة[(١)]، وممن حكاه عن أبي إسحاق المحاملي في «التجريد»، والماوردي[(٢)]، والمصنف، وغيرهم، وقال المحاملي في «المجموع»: لم يذكر أبو إسحاق هذا في «الشرح»، ولا هو صحيح عنه، وقال الإمام: «إن العراقيين زيفوه؛ لأن التعويل فيما يُنقل عن أبي إسحاق على ما يوجد في «شرحه»، وهذا لم يوجد في «شرحه»»[(٣)].

قلت: ومما يبعده عن أبي إسحاق أن الشيخ أبا حامد لما نقل استدلال المزني بمسألة الوكيل قال: أجاب عنه أصحابنا أبو إسحاق وغيره بأن هناك يحصل للوكيل أجرة المثل، وإن لم يحصل له العشر، واعلم أن قول المزني وأبي إسحاق يشتركان في الصورة ويختلفان في المأخذ، فالمزني أخذه من مسألة الوكيل، وأبو إسحاق أخذه من المسألة السابقة، إذ اشترط أن يكون رهنًا، فلا يمتنع أن يكون أبو إسحاق ردَّ مأخذ المزني، وإن أثبت قوله بمأخذ آخر.

---

(١) انظر: التجريد للقدوري (٦/ ٢٧٨٨).

(٢) الحاوي (٦/ ٧٣).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٢٥) بمعناه.

واعلم أيضًا: أن ظاهر ما حكيناه عن المزني يقتضي أنه أثبت القول المذكور تخريجًا كما حُكي عن أبي إسحاق أنه أثبته تخريجًا، وإن اختلفا في طريق التخريج، لكن المسألة التي خرج منها المزني يظهر الفرق بينها وبين هذه المسألة ظهورًا جليًّا، فلذلك ردَّ الأصحاب عليه، والمسألة التي خرَّج أبو إسحاق منها الفرق بينها وبين هذه أيضًا [١٢/١٥٦] يظهر، ولكنه ليس مثل ذلك، ولهذا قال الإمام: إنه مخيل، فلا جرم ردَّه الأكثرون بأنه لم يثبت عن أبي إسحاق مع إبداء الفرق المذكور.

فرع (١) لا يملك الراهن البيع لأجل الوفاء إلَّا بإذن المرتهن أو نائبه أو الحاكم إن تعذر إذنهما وإذا أذن، فليبعه شرطان متفق عليهما؛ ألا يبيع بمؤجل ولا بما يتغابن بمثله إلَّا بإذن المرتهن، وثالث مختلف فيه وهو جواز شرط الخيار ثلاثًا من غير إذن، والأصح أنه يجوز، وعليه ألا يسلم المبيع إلَّا بعد قبض الثمن، فإن سلمه قبل قبضه ضمن، ولو كان نصف الدين حالًّا والنصف مؤجلًا، فإن باع الكل في عقد واحد اعتبرت الشرائط المذكورة، وإن باعه في عقدين اعتبرت في أحدهما دون الآخر.

فرع قال الشافعي: «فإن أراد الراهن تحويل المساقي، فإن كان يضر بالمرتهن لم يكن له»(٢). قال الشيخ أبو حامد: والمساقي جمع مسقاة، وهو الإجَّانة التي تكون حول النخل يقف الماء فيها ليشرب النخل،

---

(١) بهامش المخطوطة بحذاء هذا الفرع: «لم يتعرض للثمن، وهل يجوز أن يبيع بغير نقد البلد من غير إذن فيه أم لا؟ أما إذا كان الدين من نقد البلد، فلا شكَّ أنه لا يجوز البيع بغيره من غير إذن، وإن كان من غيره وباع بجنس الدين وقدره، فالوجه الجواز من غير إذنٍ فيه».

(٢) الأم (٣/ ١٦٨). بمعناه.

فإذا أراد أن يحولها الراهن من جانب إلى جانب، فإن لم يكن فيه ضررٌ على النخل جاز، وإن كان فيه ضرر على النخل لم يجُز، أما المرتهن إذا أراد أن يفعل ذلك فليس له؛ لأنه يتصرف في ملك الراهن، ولا يجوز التصرف في ملك الغير بغير إذنه.

وليس هذا كتدهين الجرباء من الماشية بالدهن والقطران؛ لأن في التدهين بذلك منفعة من غير مضرَّة، فوزانه من النخل أن يحتاج إلى سقي، فللمرتهن أن يسقي النخل بغير إذن الراهن؛ لأن فيه منفعة من غير مضرة.


تعلُّق الدين بالتركة يُصيرها كالمرهون على الأصح، ويكون تصرف الورثة فيها، كتصرف الراهن.

والرافعي[١] وغيره ذكروا المسألة هنا وبسطوها، ونحن نؤخرها إلى باب التفليس؛ لأن المصنف ذكرها هناك.

فرع أما المرتهن فليس له في المرهون إلَّا حق الاستيثاق، أما البيع وسائر التصرفات القولية والانتفاع وسائر التصرفات الفعلية، فهو ممنوع منها إلَّا ما تقدم من مصلحة المرهون التي لا ضرر فيها، فلو أذن الراهن جاز إلَّا في الوطء، فإنه لا يجوز بالإجماع، وعن الحسن وابن سيرين في الرجل يرهن المصحف بالقرض مالًا: «لا يقرأ في المصحف وإن أذن صاحبه، وإن كان في بيع فأذن له صاحبه قرأ فيه، وإلا لم يقرأ فيه»[٢]. انتهى.

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٩٧).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣١١٠).

وكأنهما رأيا في القرض أنه لو انتفع لكان قرضًا جرَّ منفعة، وهو كما كره بعضهم قبول المقرض هدية المقترض، وعندنا يجوز فلذلك يجوز الانتفاع بالرهن بإذن صاحبه.

فرع فلو وطئ الجارية المرهونة، فإن كان بغير إذن المالك، فكما لو وطئ غير المرهونة إن ظنها زوجته أو أمته، فلا حدَّ وعليه المهر، والولد حرٌّ نسيب، وعليه قيمته للراهن، وإن لم يظن ذلك ولم يدع جهلًا فهو زانٍ يلزمه الحدُّ، كما لو وطئ المستأجر الجارية المكتراة، ويجب المهر إن كانت مكرهة أو جاهلة أو نائمة بلا خلاف، وإن كانت عالمة مطاوعة لم يجب في الأصح المنصوص، وإن ادعى الجهل بالتحريم لم يُقبلْ إلَّا أن يكون حديث عهدٍ بالإسلام، أو نشأ في بادية بعيدة عن علماء المسلمين، فيقبل قوله لدفع الحد، عن المسعودي حكاية خلاف في قبوله لثبوت النسب[١]، وأخرى مثله في حُرِّيَّة الولد ووجوب المهر، والأصح ثبوت الكل؛ لأن الشبهة كما تدرأ الحد تثبت النسب والحرية، وإذا أسقط الحد وجب المهر، وما ذكرناه من وجوب الحد إذا لم يكن شبهة ولا جهل نقل عن الشافعي[٢] نقل الإجماع عليه، وعن أبي حنيفة أنه أسقط الحدَّ لشبهة كونها مرهونة[٣]، ولم يقل أحد من المسلمين بحل الوطء، وإن اختلفوا في شرب اللبن وركوب الظهر، وإن وطئها بإذن الراهن فإن علم [٢/١٥٦ب] التحريم لزمه الحد على الصحيح، والثاني لا؛ لأنه قد قيل: إن عطاء بن أبي رباح كان يجوِّز إعارة الجواري[٤]، والوطء بإذن المالك، وكان يبعث

---

(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥١١).

(٢) الأم (٣/ ١٤٩).

(٣) انظر: تبيين الحقائق (٣/ ١٧٧). (٤) انظر: نهاية المطلب (٦/ ١٢٣).

بجواريه إلى ضيفانه، فلينهض مذهبه شبهة في درء الحد، والمذهبُ الأوَّل، وما نقل عن عطاء يبعد صحته عنه، وعلى تقدير صحة نقله ليس شبهة لضعفه؛ لأن الحد لا يدرأ بالمذاهب، وإنما يُدرأ بما يتمسك به أهل المذاهب من الأدلة، وليس لعطاء في هذا متمسك، وإن جهل التحريم سقط الحد، ومتى تقبل دعواه الجهل فيه وجهان: أحدهما: لا تقبل إلَّا أن يكون حديث عهد بالإسلام أو من في معناه، كما في الحالة الأولى عند عدم الإذن، وهذا اختيار الشيخ أبي حامد، **وأصحهما**: أنه يُقبل ويدفع الحد عنه وإن نشأ بين المسلمين؛ لأن التحريم بعد الإذن لما خفي على عطاء رَحِمَهُ ٱللَّهُ مع أنه من علماء التابعين لا يبعد خفاؤه على العوام، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب، وقال: إن الأول غلط مخالف لنص الشافعي؛ لأنه قال عند الإذن: «وكان يجهل درء عنه الحد»، وقال عند عدم الإذن: «لا أقبل دعواه الجهل إلَّا أن يكون...» إلى آخره[1]، وهذا نص في الفرق بين المسألتين، قال ابن الصباغ: وهذا عندي مختلف باختلاف حالٍ على حسب ما نعرف من حاله من غفلته وتنبيهه. انتهى.

ولو اعتقد الإباحة كعطاء، فهل تحريمه فيه الخلاف في درء الحد، قال ابن الرفعة: يشبه أن يكون فيه خلاف مأخذه من قول بعض أصحابنا أن الحنفي إذا شرب النبيذ لا يُحدُّ ويُحدُّ بشربه الشافعي.

قلت: إن قلنا بما قاله القاضي أبو الطيب وهو الأصح، فلا حدَّ؛ لأنه إذا انتفى عند الجهل، فعند اعتقاد الإباحة أولى، وإنما قلنا بما قاله الشيخ أبو حامد، فيأتي ما ذكره ابن الرفعة، ويكون الأصح وجوب الحد.

وإذا اندفع الحد في أي صورة كان من هذه الصور، فهل يلزمه المهر؟

---

(١) الأم (٣/ ١٤٩) بمعناه.

أما إذا كانت مطاوعة فلا؛ لانضمام إذن المستحق إلى طواعيتها، وأما إذا كانت مكرهة، **فقولان: أحدهما**: لا يجب؛ لأن مستحق المهر أذن، فأشبه ما لو زنت الحرة، **وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة**: «يجب»[١]؛ لأن وجوب المهر حيث لا يجب الحد حق الشرع، فلا يؤثر فيه الإذن، كما أن المفوضة تستحق المهر بالدخول مع تفويضها، ولو كانت جاهلة أو نائمة، فكما لو كانت مكرهة، وذكر الجرجاني المكرهة والنائمة وصحح فيهما عدم وجوب المهر على خلاف ما صححه الأكثرون، ولم يحك أحدٌ فيما إذا كانت مطاوعة هنا خلافًا كما حكوه فيما إذا كان الوطء بغير إذنٍ، إلَّا أن صاحب «البيان» حكى عن الشيخ أبي حامد وابن الصباغ «أن في المطاوعة لا يجب المهر قولًا واحدًا، وفي المكرهة قولان، وأن الشيخ أبا إسحاق أطلق القولين؛ أحدهما: يجب؛ لأنه وطء في غير ملك فيسقط الحد فأوجب المهر، والثاني: لا؛ لأنه حق آدمي أسقطه»[٢]، وقال صاحب «الاستقصاء»: إن سائر أصحابنا ذكروا قولين ولم يفصلوا بين أن تكون مكرهة أو مطاوعة، والقول بالوجوب مذهب أبي حنيفة، ولو كان قد أولدها بوطئه، فالولد حرٌّ نسيب، وفي وجوب قيمة الولد طريقان؛ أحدهما أنه على القولين في المهر، **وأصحهما**: الوجوب جزمًا، والفرق أن الإذن في الوطء رضًا بإتلاف المنفعة جزمًا، وليس رضًا بالإحبال جزمًا، وأيضًا فالإذن لا أثر له في حرية الولد، وإنما الموجب لها ظن الواطئ فحسب، ولا تصير الجارية أم ولد للمرتهن بحال، فإن ملكها يومًا من الدهر ففيه قولان؛ إذا كانت الصورة صورة ثبوت النسب وهذه قاعدة كل موضع علقت بمملوك لا

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ٢٩٥).
(٢) البيان (٦/ ٨٨).

تصير أم ولده، وكل موضع علقت بحرٍّ هل تصير أو ولد له؟ قولان، أحدهما: تصير، نقله المزني[١] وحرملة، **والثاني**: لا، نص عليه في «الأم»[٢]، أعني إذا ملكها في ثاني حالٍ، والصحيح، كما ذكره [٢/١٥٧] الروياني «أنها لا تصير أم ولد هُنا؛ لأن وطء المرتهن لم يصادف ملكه بخلاف الراهن، فإنها تصير أم ولده؛ لأن وطأه صادف ملكه»[٣] ولو نقصت بالولادة، فحيث ألحقنا به الولد غرم النقص قطعًا، وحيث لم يلحقه به ففي وجوب غرمه قولان، وكذا لو ماتت، وهما من القولين فيمن زنا بأمَةٍ فأحبلها وماتت في ولادتها، هل يغرم قيمتها، وقال أبو حنيفة: «الولد مملوك للراهن»[٤] وإذا نفينا الحد لأجل مذهب عطاء، فالحكم في نسب الولد وحريته، والمهر على ما قدمناه.

فرع الخلاف في المهر يجري بعينه فيما إذا قلنا بإيجاب الحد عليه وكانت نائمة أو عالمة مكرهة، كما قاله الماوردي[٥]، ووجه السقوط بأن الوطء فيه حق لله تعالى وهو الحد، وللسيد وهو المهر، فكان كالقتل يتعلق به حق الله وهو الكفارة، والسيد وهو القيمة، ثم ثبت أنه لو أذن في قتلها وجبت الكفارة دون القيمة، فكذا يثبت الحد دون المهر، ووجه عدم السقوط وهو الأصح بأن هذا الوطء موجب للمهر لو لم يأذن السيد، فلا يسقط بإذنه كالموطوءة برضاها في النكاح الفاسد، ومثل القولين

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٢).
(٢) الأم (٣/ ١٤٩).
(٣) بحر المذهب (٥/ ٢٢٨).
(٤) انظر: التجريد للقدوري (٦/ ٢٧٨٤).
(٥) الحاوي (٦/ ٦٤).

حكاهما البندنيجي وغيره في كتاب الغصب فيما إذا أذن المغصوب منه للغاصب في وطء الجارية المغصوبة، وعلى قول الوجوب في حال سقوط الحد أو وجوبه يصح أن يُقَال: الوطء لا يباح، فالإباحة بمعنى أنه لا يكون واقعًا بلا مقابل عند الإباحة.

فرع زعم المرتهن بعد الوطء والإحبال أن الراهن كان باعه إياها أو وهبها له وأقبضه وأنكر الراهن، فالقول قول الراهن مع يمينه، فإن حلف فهي، والولد رفيقان له، فإن ملكها المرتهن، فهي أم ولد له والولد حرٌّ لإقراره، فإن نكل الراهن، فحلف المرتهن، فهي أم ولد والولد حر، ولما حكى الربيع عن الشافعي «أن الراهن إذا حلف أو ورثته على عدم العلم إنما ادعاه الثمن أنها رقيق وولدها رقيق»، قال: «وله في ولده قول آخر، أنه حرٌّ بالقيمة، ويدرأ عنه الحد ويغرم صداق المثل»[1]. انتهى.

ولو ادعى المرتهن أنه كان زوجه إياها، فالقول قول الراهن ولا ينفك الرهن بذلك؛ لأن التزويج بجامع الرهن بخلافه في دعوى الشراء والهبة، فإن الرهن ينفك بمقتضى قوله، قال الماوردي: وهل تُجعل دعواه التزويج دارئة للحد؟ قولان جاريان في دعواه البيع والهبة، قال: والولد مملوك بمقتضى قول الراهن والمرتهن، ولا تكون أمه أمَّ ولد في الحال، ولا إذا ملكها المرتهن قولًا واحدًا، وقال الروياني: «إن الأظهر من القولين أن دعواه لا تكون شبهة دارئة للحد»[2].



(١) الأم (٣/ ١٤٩) بمعناه.

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٢٨) بمعناه.

فائدة:

أحكام الوطء ثلاثة أضرب: ضربٌ يعتبر بكلٍّ منهما، وهو الحد والغسل، أيهما كان صغيرًا لا حد عليه ولا غسل، وأيهما كان مكلفًا لزمه الحد والغسل، وضربٌ يعتبر به وحده وهو النسب والعدة، فمتى سقط عنه الحد ثبت النسب والعدة، وضربٌ يعتبر بها وحدها وهو المهر متى سقط عنها الحد فلها المهر، ومتى وجب الحد عليها، فلا مهر إن كانت حُرَّة، وإن كانت أمةً ففيها خلاف.



قال الروياني: «إذا أذن الراهن للمرتهن في الوطء، فقد أساء ويؤدَّب ولا يحل الوطء بذلك»[1].

فائدة:

في درء الحد عن الجاهل بتحريم الزنا، استدل عليه الشيخ أبو حامد بالإجماع، وبينه بما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه زوج أمته براعٍ فزنت، فأتي بها إلى عمر بن الخطاب فقال لها: يا لكعاء! زنيتِ، فقالت: مِن مرعوس بدرهمين، فسأل عليًّا فقال: أقرت بالزنا، فسأل عبد الرحمن، فقال: أقول ما قال أخي، فسأل عثمان، فقال: أراها تستهل به ولا تعلم، وإنما الحد على من علم[2]، فدرأ عنها الحد.

وعن سعيد ﷺ [٢/١٥٧ب] بن المسيب أنه كان بالشام فتذاكروا أمر الزنا، فقال رجل: إني زنيتُ البارحة، فأنكروا عليه، فقال: أو قد حرم الزنا؟ فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه فقال: إن لم يعلم فانهوه، فإن عاد، فارجموه[3].

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٢٦).

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (ص١٦٨) بمعناه.

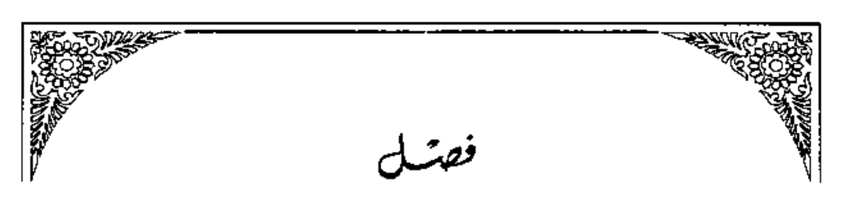
(٣) مسند الفاروق (٢/ ٥٠٥).

قولها في الأثر الأول: مرعوس، قال صاحب «البيان»: قال الشيخ أبو حامد: بعض أهل الحديث قال: هو مرعوس بالسين، قال ﷺ: وهو بالشين، قال: فسألتُ عنه جماعة من أهل العلم باللغة فلم يعرفوه، إلّا فلانًا قال: هو اسم طيئٍ. انتهى.

وهذا الأثر في «مسند الشافعي» بزيادة أخرى وسياق آخر، ومحله كتاب الحدود، ومعنى تستهل به تتكلم به ولا تكتمه.



قال:



فصل

[في نفقة الرهن]

وما يحتاج إليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها، فهو على الراهن؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الرَّهْنُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، [وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا][1]، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ»[2].

والذي يركب ويشرب: هو الراهن، فوجب أن تكون النفقة عليه، ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه، فكانت النفقة عليه، وإن احتاج إلى شرب دواء أو فتح عرقٍ وامتنع لم يُجبر عليه؛ لأن الشفاء بيد الله تعالى، وقد يجيء من غير فصدٍ ولا دواءٍ، يخالف النفقة، فإنه لا يبقى بدونها، فلزمه القيام بها.



الشرح

هذا الحديث رواه البخاري[3] وأبو داود، وقال: «هو عندنا صحيح»[4]، والترمذي[5]، وابن ماجه[6]، وقد تقدم ذلك، ولفظ الحديث: «**الظَّهْرُ**

(١) ما بين المعقوفين زيادة لا بد منها وقد أثبتناها من مصادر الحديث التالية.

(٢) أخرجه البخاري (٢٥١٢)، وأحمد (١٠١١٠).

(٣) (٢٥١٢).

(٤) (٣٥٢٦).

(٥) (١٥٢٤).

(٦) (٢٤٤٠).

يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ». واللفظ الذي ذكره المصنف سقط منه: «**وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا**»، وقد تقدم في أول هذا الباب عند الكلام في رواية الرهن حديث: «**إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً، فَعَلَى الَّذِي رَهَنَ عَلَفُهَا**».
وهو حديث رواه أحمد[١]، والدارقطني[٢]، والبيهقي[٣] من رواية هشيم، وذكرنا كلام البيهقي عليه هُناك بما يقتضي ضعفه، وذكر ابن الرفعة أن البخاري رواه، وهو وهم، إنما روى البخاري أصل الحديث، لا هذه الزيادة، أعني بأصل الحديث: «**الرَّهْنُ يُرْكَبُ...**» إلى آخره كما قدمناه.

وذكر العمراني في «البيان»: «أن الشعبي روى عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**مَنْ رَهَنَ دَابَّةً، فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا، وَلَهُ ظَهْرُهَا وَحَمْلُهَا**»»[٤]. وكأنه أخذه من البيهقي، فإنا قدمنا عنه أن يعقوب الدورقي روى عن هُشيم: «**إِذَا كَانَتِ الدَّابَّةُ مَرْهُونَةً فَعَلَى الَّذِي رَهَنَ عَلَفُهَا**»، وهُشيم يروي عن زكريا عن الشعبي، والمقصود بهذا معارضة من روى عنه المرتهن.

وما استدل به أيضًا على أن مؤنة الرهن على الراهن قوله ﷺ: «**الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»[٥]. وقد تقدم أن الطحاوي نقل الإجماع على أن نفقة الرهن على الراهن، وأن الحسن بن صالح قال: «إنها على المرتهن»[٦]، واستدركنا ذلك على الطحاوي، وقال ابن المنذر: «نفقة

---

(١) (٧١٢٥).
(٢) السنن (٢٩٢٩).
(٣) السنن الكبرى (١١٢٠٦).
(٤) البيان(٦/ ٦٣).
(٥) أخرجه ابن حبان (٥٩٣٤)، وأبو نعيم في حلية الأولياء (٧/ ٣١٥).
(٦) مصنف ابن أبي شيبة (٢٣٢٨٠).



الرقيق على الراهن، وكذلك قال مالك، وعبيد الله بن الحسن، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وكذلك قال الشافعي وأصحاب الرأي في علف الدواب أن ذلك على الراهن، وقال أصحاب الرأي: إن مرض الرقيق أو أصابتهم جراحة أو دبر الدواب؛ كان إصلاح ذلك ودواؤه على المرتهن إذا كان الدين والقيمة سواء، وإن كان الدين أقل من قيمة الرهن فالمعالجة عليهما، على الراهن والمرتهن بحساب ذلك، وفي قول الشافعي ذلك كله على الراهن، قال أبو بكر: وبه أقول؛ لأنه مالكهم»[1]. انتهى.

واتفق الأصحاب على ذلك، وأن على الراهن مؤونات الرهن التي بها يبقى، كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة، وسقي الأشجار والكروم، ومؤنة الجداد، وتجفيف الثمار، وأجرة الإصطبل، والبيت الذي يُحفظ فيه ⇑ المتاع المرهون [٢/١٥٨] إذا لم يتبرع به من هو في يده، وأجرة من يرد العبد من الإباق وما أشبه ذلك.

فإن قيل: الأمة المزوجة نفقتها على زوجها وملكها، ومنفعتها للسيد، وذلك نقض على تعليل المصنف تكون الرقبة والمنفعة على ملك السيد.

قلنا: أجاب الروياني حيث أورد هذا على الأصحاب، بأن منفعة الاستمتاع للزوج، فإذا سلمها إلى الزوج وبوأها معه فغير الاستمتاع من منفعتها يبطل على سيدها؛ فلهذا أوجبت النفقة على زوجها. انتهى.

ومرادي باتفاق الأصحاب على ذلك أنها ليست على المرتهن، كما يقوله أبو حنيفة، فإن عنده نفقة المراعاة والحفظ على المرتهن، وكذا النفقة للمداواة إذا كانت قيمة المرهون قدر الدين أو أقل، وأما نفقة المطعم والمشرب، فعلى الراهن، وعندنا الكل على الراهن، ولكن اختلف

---

(١) الأوسط (١٠/٥٣٩ - ٥٤٠).

الأصحاب هل يُجبر عليها من سائر أمواله غير الرهن أو لا، على وجهين حكاهما الإمام[١] والمتولي، **أصحهما**: الإجبار استبقاءً لوثيقة الرهن، وقال الغزالي[٢] والإمام[٣]: إن هذا مذهب العراقيين، وأنه الصحيح.

والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره: أنه لا يجبر عند الامتناع لكن يبيع القاضي جزءًا من المرهون بحسب الحاجة، قال الإمام: «وهو منافٍ للاستيثاق، فالوجه تكليف الراهن الإنفاق.

وقد تحققت بعد البحث إطباق المراوزة على أن النفقة لا تجب على الراهن، وإن كان الرهن حيوانًا؛ فليس إيجاب النفقة لحق المرتهن، وإنما تجب لحرمة الروح وليس للمرتهن فيه طلب إلَّا من جهة الأمر بالمعروف، والمسلمون فيه شرع سواء، وإن امتنع؛ فالقاضي يبيع شيئًا من الحيوان بقدر الحاجة، وإذا ثبت هذا مذهبهم في النفقة على الحيوان، لم يخف قياسهم في سائر المؤن على الراهن لا يجب لحق المرتهن»[٤]. انتهى.

ويشهد لقول المراوزة، نصه في «المختصر» في الثمرة: «أنه إن أبى الموضوعة على يديه إن لم يتطوع بأن يضعها في منزله إلَّا بكراء قيل للراهن: عليك لها منزل تُحرز فيه؛ لأن ذلك من صلاحها، فإن جئت به وإلا اكترى له عليك منها»[٥]، ويمكن تأويل هذا النص على ما إذا تعذر من جهته، ويؤيد الوجوب عليه قوله: «عليك لها منزل».

***

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٥).
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٠٨).
(٣) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٥).
(٤) المصدر السابق بمعناه.
(٥) مختصر المزني (٨/ ١٩٨).

فرع فإن قلنا بمذهب العراقيين، فإن كان الراهن حاضرًا وامتنع أو غائبًا وله مال أنفق منه على المرهون، وإن لم يكن له مال، فإن كانت النفقة لأجل الحفظ وتجفيف الثمرة ونحوها، باع الحاكم جزءًا من المرهون لذلك، وإن كانت النفقة من المؤن الدائرة كالطعمة ونحوها، قال الرافعي: «يشبه أن يقال: حكمها حكم ما لو هرب الجمال وترك الجمال المكراة، أو عجز عن الإنفاق عليها»[١].

وإذا قلنا بمذهب المراوزة، فقد فرَّع الإمام عليه: «أن النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل أُلحق بما يفسد قبل الأجل، فيُباع ويُجعل ثمنه رهنًا»[٢]، قال الرافعي: «ولك أن تقول هذا؛ إما أن يلحق بما لا يتسارع إليه الفساد، ثم عرض ما أفسده أو بما يتسارع إليه الفساد؛ لا وجه للأول؛ لأن العارض ثم اتفاقي غير مُتوقع، والحاجة إلى هذه المؤونات معلومة محققة، وإن كان الثاني لزم إثبات الخلاف المذكور في رهن ما يتسارع إليه الفساد في رهن كل ما يحتاج إلى نفقة أو مكان يحفظ فيه، وأنه بعيد، وبه يظهر ضعف الوجه من أصله»[٣]. انتهى.

والإمام لم يجزم لذلك التفريع بل ذكره وقال: «هذا طريق لا بد من عرضه على الفكر»[٤]، وأجاب ابن الرفعة عن كلام الرافعي بأن لهم أن [٢/١٥٨ب] يقولوا: الأول هو المراد، وما ذُكر من الفارق صحيح، لكن مع تحقق الحاجة إلى المؤنة الغالب من العادة أن الراهن ينفق على المرهون ولا

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٦).
(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٦). بتصرف يسير.
(٣) فتح العزيز (٤/ ٥٠٦).
(٤) نهاية المطلب (٦/ ٢٥٦) بمعناه.

يسمح ببيعه في المؤنة، إذ لو سمح بذلك لكان بيعه في الدين أسهل عليه وأحظ له؛ ولذلك نزل امتناعه عن الإنفاق لعدم غلبة ذلك أو لندرته منزلة طروء الفساد.

فرع فأما المداواة، فقد جزم الأكثرون بأن الراهن لا يُجبر عليها، كما جزم به المصنف، وأجرى صاحب «التتمة» الوجهين فيها، وذكر سليم في «التقريب» أنه إن شجَّ العبد المرهون أو أصابته جراحة واحتيج إلى مداواته، فعلى الراهن جميع ما يلزم في ذلك.

فرع الحرُّ إذا كانت به شجة وخاف منه التلف، هل يجب عليه مداواة نفسه؟ قال في «التتمة»، فيه خلاف، قال ابن الرفعة: لكنه ذكر ذلك في حالة الجناية عليه، وقد تفهم منه اختصاصه بمداواة الجراح دون المداواة من المرض، والأشبه عدم التفرقة.

فرع حيث أوجبنا على الراهن وتعذر الأخذ منه، فقال المرتهن: أنا أنفق عليه لأرجع في مال الراهن أذن له الحاكم، فإن أراد أن ينفق ويكون المرهون رهنًا بها وبالدين، فكما لو فدى العبد المرهون بهذا الشرط، وفيه **طريقان، أحدهما**: يجوز قولًا واحدًا، **والثاني** على قولين، كذا قاله القاضي أبو الطيب، وقد تكلمنا عليه عند ذكر المصنف فداء الجاني، ولو أراد المرتهن الإنفاق بشرط الرجوع مجردًا لدفع ضرر الرهن، وكان الحاكم غائبًا وأشهد كان كإذن الحاكم على أحد الوجهين كما في هرب الجمَّال وإن لم يُشهد فلا، جزمًا.

فرع حيث قلنا ببيع البعض فذلك إذا لم يستأصل، ولا نقص الباقي كما في المثليَّات، فإن خيف من ذلك، وكان التشقيص ينقص من قيمة الباقي بيع الجميع، وكذا إذا لم يوجد من يشتري البعض.

فرع على قول المراوزة مشكل لو كان للمرهون كسب أو منفعة، فلا يباع إذا كانت تفي بنفقته، بل ينفق عليه من كسبه ومنفعته، وإن كان ذلك يحدث على ملك السيد وقلنا: لا يجب عليه النفقة في ماله غير المرهون، قاله الغزالي وحده في «الوسيط»[1].

قال ابن الرفعة: والسبب في ذلك أنا لو لم نقل به لتعيَّن ما عليه تفرع البيع طريقًا في الإنفاق، والبيع يزيل الملك عن الرهن ومنفعته، فكان صرف المنفعة في النفقة، وإبقاء عين المرهون له أولى، وصار هذا كما قلنا: إن من استحق قتل شخص قصاصًا له حبسه ولا يجب عليه أن يقتص في الحال؛ لأن الحبس وإن كان عقوبة أهون من إزالة الروح؛ ولهذه العلة جوزنا لمالك الطير المأكول حبسه، وإن كان عقوبة؛ لأن له إزالة روحه بالذبح، وهو أعظم من ذلك، قال: وقد يقال في توجيه ذلك أيضًا بأنه لما أشرف الملك على الزوال في الرقبة والمنفعة تتبعها قدرت المنفعة كالزائلة عن ملك الراهن؛ فلذلك أنفق على المرهون منها، وخالف سائر أمواله؛ لأن ذلك لم يشرف على الزوال وما ذكرته من التوجيه أمر ابتدعته لظني أنه يصلح أن يوجه به، وهذا الذي ذكره الغزالي من الإنفاق من المنفعة والكسب لم يتعرض له في «البسيط» ولا الإمام ولا غيرهما فيما أعلم، نعم كلام الشافعي

---

(١) الوسيط (٣/ ٥٠٨).

في «الأم»[1] يشير إليه، فإنه قال: «إذا مرض العبد أخذ الراهن بنفقته، وإذا مات أخذ بكفنه»، ووجه إشعار النص بوجوب النفقة في الكسب تخصيصه بحالة المرض الذي هو مظنة العجز عن الكسب، فأفهم أنه في حال الصحة لا تجب النفقة على الراهن، وهي لا تجب على المرتهن فتعين أن يكون الكسب محلًّا، هذا كلام ابن الرفعة ⇑ [٢/١٥٩] وإيجاب النفقة على قول المراوزة مشكل، أما على قول غيرهم، فلا إشكال فيه؛ لأنها على السيد في خالص ماله، وللعبد تعلق بالكسب، فإذا تعذرت النفقة من غير الكسب أخذت منه، وعلى هذا يُحمل ما أشار إليه مفهوم النص، وقول المراوزة قد عُرف في ضعفه في هذه المسألة، والتوجيه الذي ذكره ابن الرفعة فيه نظر، وما قاله من جواز الحبس حيث يجوز القتل مشكل.

فرع إذا احتاجت الدار المستأجرة إلى عمارة من إعادة جدار أو جذع، قال الشيخ أبو محمد والقاضي حسين: يجب على المؤجر، وقال العراقيون: لا يجب، وكلٌّ من الفريقين يحتاج إلى الفرق بين ذلك وبين ما قال هنا، قال ابن الرفعة: ولعله عند الشيخ أبي محمد والقاضي أن التسليم في الإجارة واجب، ولم يكمل بالتخلية، فأجبر على إعادة الجذع والجدار؛ ليقوم بما وجب عليه من التسليم، والتسليم في الرهن قد وُجد، وعند العراقيين لعل الفرق أن الإنفاق على المرهون لحفظ ما ثبت، وهو موجود في الإجارة إبدال معدوم وحفظ الموجود أقرب إلى مقتضى العقد من إبدال معدوم؛ لأنه في حفظ الموجود لم يحدد للمستحق حقًّا في غير ما استحقه لورود العقد عليه بخلافه في الأبدال.

---

(١) الأم (٣/ ١٦٧).

فرع لو كان الرهن ماشية سائمة والرعي ممكن لم يكلف الراهن بعلفها كما تقدَّم من كلام الشافعي[١]، ومفهومه يدل للعراقيين في تكليفه النفقة عند الاحتياج إليها، ولا شكَّ أنها لا تُباع عند إمكان الرعي، فمحل الخلاف بين المراوزة والعراقيين إنما هو في غير هذه الصورة.

فرع قال الروياني: «لو قال المرتهن: أنا أتولى معالجته بعد امتناع الراهن منها، فإن قال: بشرط أن أرجع لم يكن له، وإن قال متطوعًا، فإن كان فيه مصلحة لم يمنع منه». انتهى.

وقد تضمَّن كلامنا ما يدل على الحكمين، والحكم بأن ذلك ليس له عند طلب الرجوع مبني على عدم الوجوب.

فرع زكاة الفطر عن العبد المرهون على الراهن، وقال أبو يوسف: «ليس على الراهن أن يؤدي الصدقة حتى يفكه، فإذا فكه أعطى زكاة ما مضى»[٢]، واتفق أصحابنا على أنه يجب على الراهن فطرته، وقال الإمام الغزالي: يحتمل أن يجري فيه الخلاف في زكاة المرهون، قال الرافعي: وهذا لا يُعرف لغيرهما.

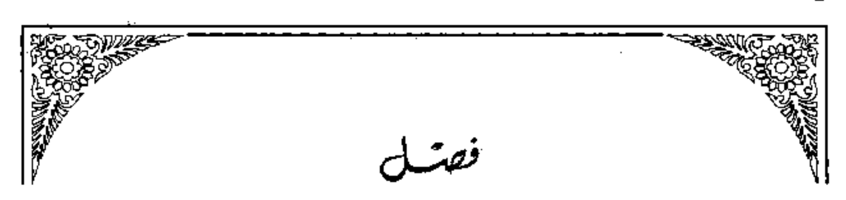


---

(١) الأم (٣/ ١٦٧).

(٢) المبسوط للسرخسي (٣/ ٢٠٣).

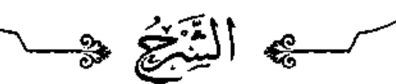
قال:



فصل

[في جناية المرهون]

وإن جنى العبد المرهون لم يخل إما أن يجني على أجنبي أو على المولى، أو على مملوك للمولى، فإن كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجني عليه برقبته، وتقدَّم على حق المرتهن؛ لأن حق المجني عليه يقدم على حق المالك، فَلأن يقدم على حق المرتهن أولى؛ ولأن حق المجني عليه يختص بالعين، فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة، فإذا قدمنا حق المجني عليه لم يسقط حقه، فوجب تقديم حق المجني عليه، فإن سقط حق المجني عليه بالعفو أو الفداء بقي حق المرتهن؛ لأن حق المجني عليه لم يبطل الرهن، وإنما قدَّم عليه حق المجني عليه؛ لقوته، فإذا سقط حق المجني عليه بقي حق المرتهن، وإن لم يسقط حق المجني عليه نظرتَ، فإن كان قصاصًا في النفس اقتص له وبطلَ الرهنُ، وإن كان في الطرف اقتص له، وبقي الرهن في الباقي، وإن كان مالًا وأمكن أن يوفي حقه ببيع بعضه بيع منه ما يقضي به حقه، فإن لم يمكن إلَّا بيع جميعه بيع، فإن فضل عن حق المجني عليه شيء من ثمنه تعلق به حق المرتهن.



الشرح

ذكر فصول جناية المرهون والجناية عليه في باب ما يدخل في الرهن وما

لا يدخل وما يملكه الراهن وما لا يملكه؛ لأنه عند الجناية عليه يدخل بدله في الرهن، وعند جنايته وبيعه وفضل شيء من ثمنه عن الأرش، يدخل ذلك الفاضل في الرهن وعين الجاني تخرج من الرهن إذا بيع أو قتل، فلذلك ذكره في هذا الباب [٢/١٥٩ب] قال أصحابنا: لو بيع العبد في الجناية ثم عاد إلى ملك الراهن لم يعد رهنًا إلَّا بعقدٍ جديد، والأحكام التي ذكرها المصنف ظاهرة، ومراده إذا كان بغير إذن الراهن؛ لأنه ذكر بعد ذلك ما إذا كان بإذنه، وإطلاقه الفداء يشمل إذا فداه الراهن وإذا فداه المرتهن، وفي الحالتين يبقى العبد رهنًا، وفي رجوع المرتهن بما فدى به على الراهن ما ذكرناه في أرض الخراج إذا أدى المرتهن خراجها، و«عند أبي حنيفة ضمان جناية المرهون على المرتهن إن فداه بقي رهنًا ولا رجوع له بالفداء، إن فداه السيد أو بيع في الجناية سقط دين المرتهن إن كان قدر الفداء أو دونه»[١]، وهذا بناء على مذهبه أن الرهن مضمون، ونقل الماوردي عنه وعن مالك «أن المجني عليه صار مالكًا لرقبة الجاني، وعلى السيد تسليمه، فإن شاء باعه وإن شاء تملكه»[٢]، وعندنا المجني عليه إنما تملك استيفاء الأرش من الرقبة، وإذا أراد السيد أن يفديه فداه كغير المرهون بأقل الأمرين في أصح القولين، وبالأرش بالغًا ما بلغ في القول الآخر، وحكى ابن الرفعة عن «الشافي» للجرجاني طريقة قاطعة بالأقل وأظن ذلك وهمًا؛ لأن هذه الطريقة في «الشافي» و«المهذب» وغيرهما فيما إذا أقر أنه جنى قبل الرهن ولم يُقبل إقرارُه، كما سيأتي.

***

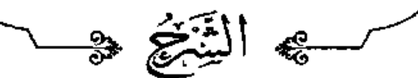
(١) فتح العزيز (٤/ ٥١٧).

(٢) الحاوي (٦/ ١٦٣).

قال:

وإن كانت الجناية على المولى نظرت، فإن كان فيما دون النفس اقتص [له][1] إن كان عمدًا، وإن كان خطأً أو عمدًا، فعفا عنه على مال لم يثبت له المال، وقال أبو العباس: فيه قول آخر؛ أنه يثبت له المال ويستفيد به بيعه وإبطال حق المرتهن من الرهن، ووجهه أن من ثبت له القصاص في العمد ثبت له المال في الخطأ كالأجنبي، والصحيح هو الأول؛ لأن المولى لا يثبت له المال على عبده؛ ولهذا لو أتلف له مالًا لم يستحق عليه بدله، ووجه الأول يبطل بغير المرهون، فإنه يجب له القصاص عليه في العمد ولا يجب له المال في الخطأ، وإن كانت الجناية على النفس، فإن كانت عمدًا ثبت للوارث القصاص، فإن اقتص بطل الرهن، وإن كان كانت خطأً أو عمدًا وعفا على مال، ففيه قولان؛ أحدهما: لا يثبت له المال؛ لأن الوارث قائم مقام المولى، والمولى لا يثبت له في رقبة العبد مال، فلا يثبت لمن يقوم مقامه.

والثاني: أنه يثبت [له][2] لأنه يأخذ المال عن جناية حصلت وهو في غير ملكه، فصار كما لو جنى على من [لا][3] يملكه المولى.



السيد ثبت له القصاص على عبده حيث يثبت للأجنبي للزجر والانتقام، وهو أحوج إلى ذلك من الأجانب، وأما المال، فالمذهب أنه لا يثبت للسيد على عبده، هذا نصُّ الشافعي[4] وجمهور الأصحاب، وعن ابن سريج ثبوته

(١) في المطبوع من المهذب: «منه». (٢) زيادة من المطبوع.
(٣) سقط من المطبوع.
(٤) الأم (٣/ ٢٠١).

كما حكاه المصنف، ووافق المصنف في نقله المحاملي في «المجموع»، وقال أبو العباس: فيه قول آخر أنه يثبت، وعبارته في «التجريد»: وقال أبو العباس: له ذلك، وفي معناها قول ابن الصباغ حكى عن أبي العباس بن سريج أنه قال: يثبت له المال، وهاتان العبارتان يقتضي أنه وجه، وكذلك قال الإمام: «إن صاحب «التقريب» ذكر وجهًا بعيدًا عن ابن سريج»[1]، وطريق الجمع بين هذا وبين ما قاله المصنف والمحاملي في «المجموع» أنه يحكي عن ابن سريج أنه لثقته بتخريجه يسمي ما يخرجه وتقوَّى عنده قولًا، فيصح أن يقال: فيه قول ووجه، وقد أبطل المصنف دليله.

وقول المصنف: ووجه الأول، يعني به دليل ابن سريج، وإن كان ذكره ثانيًا لكنه صار أولًا بالنسبة إلى ما ذكره المصنف بعده، والقولان فيما إذا كانت الجناية على النفس منصوصان في «الأم»[2]، والأصح عند الأصحاب أنه لا يثبت، وهو المنصوص في البويطي، والقولان عند ابن أبي هريرة، والشيخ [١٢/١٦٠] أبي حامد[3] والماوردي[4] مبنيان على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً أو يتلقاها الوارث من القتيل وفيه **قولان؛ أحدهما**: أنها تجب للمقتول في آخر جزء من حياته، ثم يتلقاها الوارث، فعلى هذا تكون الجناية عليه هدرًا.

والثاني: تثبت للوارث ابتداء في ملكه، فعلى هذا تجب الدية في رقبته، وللوارث إخراجه من الرهن، وبيعه فيها، ونصه في «الأم»[5] مشير إلى هذا

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٩٧) بمعناه.

(٢) الأم (٣/ ١٨٢).

(٣) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥١٨).

(٤) الحاوي (٦/ ١٥٤).

(٥) الأم (٣/ ١٨٠).

البناء، فإنه قال: «ففيها **قولان؛ أحدهما**: أن جنايته على سيده إذا أتت على نفس سيده، كجنايته على الأجنبي لا يختلف في شيء، ومن قال هذا قال: إنما معنى إذا ترك الولي القود على أخذ المال إن أبطل الجناية؛ لأن الجناية التي لزمت العبد مال الوارث، والوارث ليس بمالك للعبد يوم جنى، فيبطل حقه في رقبته بأنه ملك له.

والقول الثاني: أن الجناية هدر من قبل أن الوارث إنما يملكها بعد ما يملكها المجني عليه، ومن قال هذا قال: لولا أن الميت مالك ما قضى بها دينه». انتهى.

ولما ذكر ابن الصباغ عن ابن أبي هريرة البناء المذكور قال: قال أصحابنا: وهذا ليس بصحيح؛ لأنها إذا وجبت بعد موت السيد، فقد وجبت لهم على ملكهم.

والقولان بحالهما، وفيما قاله نظر؛ لأنه إذا فرعنا على أنها وجبت لهم بعد موت المورث من أين لنا أن القولين على حالهما، ولا شك أن ابن أبي هريرة ينكر ذلك، وصاحب «البيان» حكى كلام ابن الصباغ، وزاد، فقال: بل القولان أصل بأنفسهما غير مبنيين على غيرهما. انتهى.

فإن كان حجته ما قاله ابن الصباغ، فقد ظهر منعه، والرافعي قال: «وأبى الجمهور هذا البناء، وقالوا: قضية القولين ألَّا يثبت شيء، إما إذا قلنا بالتلقي، فظاهر، وأما إذا قلنا بالقول الآخر؛ فلأنه كما يمتنع ابتداء المال للمالك في ماله دوامًا يمتنع إثباته للمالك ابتداء»[١].

وهذا الذي قاله الرافعي لعله أخذه من ابن الصباغ ومن وافقه، وهو إذا حمل على القدح في البناء مع الاعتراف بالقولين فيه ما سبق مع ابن

(١) فتح العزيز (٤/٥١٨).

الصباغ، وإن حمل على إنكار الخلاف، فهو قول القاضي حسين، والإمام[١]، والبغوي[٢] قطعوا بعد ثبوت المال على القولين، ولكنها طريقة مخالفة لكلام الشافعي ولكلام الجمهور.

أما مخالفتهما لكلام الشافعي فلما ذكرناه، وأما مخالفتهما لكلام الجمهور، فإن الجمهور أثبتوا قولين، وهؤلاء قطعوا بعدم الثبوت، والرافعي وافق على إثبات القولين[٣]، فكان ينبغي له أن يذكر مأخذًا آخر لهما غير المأخذ الذي قال: أن الجمهور أبْوْه، والحق أن الجمهور على القولين، وعلى البناء المذكور، والذي قاله القاضي حسين أخذه من شيخه القفال في أحد قوليه، فإن الفوراني قال: **إن قلنا**: الحق يثبت للمورث، ثم ينتقل، فليس للوارث أن يفكه من الرهن.

وإن قلنا: للوارث ابتداء. قال القفال في كَرَّةٍ: «يخرج على الوجهين فيما لو جنى عليه عبد ثم ملكه هل يستدام الأرش عليه أم لا؟ وقال في كَرَّة: لا يثبت له الأرش عليه؛ إذ لو ثبت لثبت بعد موت المورث وعقيب موته يدخل هو في ملك الورثة. انتهى.

وينبغي إثبات القولين، وجعلهما مرتبين، كما قاله القفال في أول الكرَّتين، فيقال: **إن قلنا**: الدين للميت، فلا يثبت.

وإن قلنا: للوارث فوجهان، كما لو جنى عليه عبد ثم ملكه، بل هذا دل بعدم الثبوت؛ لأنه فيما إذا جنى عليه عبد ثم ملكه استدامة محضة، وهنا إثبات المال ابتداء؛ ولذلك جزم القاضي حسين بعدمه، لكن كلام الشافعي

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٩٧).

(٢) التهذيب (٤/ ٣٨).

(٣) فتح العزيز (٤/ ٥١٨).

والجمهور يأباه.

قال ابن الرفعة: والشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في القول الأول لاحظ في الاعتبار وقت الجناية؛ لأنه السبب الأول، كما ذاك مذهبه فيما إذا جرح الذمي ذميًّا ثم أسلم القاتل ومات المجروح [٣/١٦٠ب] أو جرح العبد عبدًا ثم أعتق الجارح ومات المجروح أنه يجب القصاص نظرًا إلى تساويهما وقت الجناية، نعم هو مع ذلك قائل بأن الملك الطارئ على العبد لا ينقطع دوام ملكه للدَّين، كما ذاك قضية منصوصة في «مختصر البويطي» وغيره، وهو المصحح عند الرافعي[1]، كما صرح به في باب النكاح في الفصل الخامس في تزويج العبيد.

وكلام ابن الصباغ في الحوالة يشير إليه لكن المصحح في «شرح فروع ابن الحداد» في باب الحوالة، والأقيس في تعليق القاضي حسين هنا السقوط. انتهى.

واعلم، أنا متى قلنا في العبد عند طريان ملكه بانقطاع الدين، فلا يمكن القول هنا بثبوت المال، ومتى قلنا: لا ينقطع، فيحتمل أن يقال بثبوته هنا كما هو أحد القولين ويحتمل المنع؛ لأن ذاك استدامة، وهذا ابتداء ولهذا كان الأصح هنا باتفاقهم عدم ثبوت المال.

فرع لو جنى على طرف من يرثه السيد كأبيه وابنه عمدًا، فله القصاص وله العفو على مال، ولو جنى خطأ ثبت المال، فإن مات قبل الاستيفاء وورثه السيد فوجهان، وقيل قولان:

أصحهما عند الصيدلاني والإمام[2]: أنه كما انتقل إليه سقط، ولا يجوز

(١) فتح العزيز (٤/٥١٨).
(٢) نهاية المطلب (٦/١٩٧).

أن يثبت له على عبده استدامة الدين، كما لا يجوز له ابتداؤه.

والثاني: وهو الذي أورده العراقيون أنه لا يسقط، وله بيعه فيه، كما كان للمورث.

ويحتمل في الاستدامة ما لا يحتمل في الابتداء، وشبه الأصحاب الوجهين بالوجهين فيما إذا ثبت له دين على عبد غيره، ثم ملكه هل يسقط أو يبقى حتى يتبعه به بعد العتق، وقد تقدم عن الرافعي تصحيح بقائه، واستبعد الإمام هذا التشبيه وقال: «كيف يكون الاستحقاق الطارئ على الملك بمثابة الملك الطارئ على الاستحقاق»[1]، ثم أجاب: بأن الدَّين إذا ثبت لغيره فنقله إليه بالإرث إدامة لما كان، كما أن إبقاء الدين الذي كان له على عبد الغير بعد ما ملكه إدامة لما كان، فانتظم التشبيه من هذا الوجه.

وعبر الغزالي عنه بأنه في حكم الدوام[2]، فإن قلت على مساق هذا ينبغي للرافعي أن يصحح هنا ثبوت المال؛ لأنه صحح دوام الدين على العبد.

قلت: لا يلزمه ذلك؛ لأنه قد يفرق بين الدوام الحقيقي وما في حكمه في مرتبة الخلاف، وإن اشتركا في أصله، فيكون الصحيح في أحدهما غير الصحيح في الآخر.

وأما غير الرافعي فلا يلزمه إذا قال الحكم فيهما سواء، ولو كانت الجناية على نفس مورثه وكانت عمدًا فللسيد القصاص، فإن عفا على مال أو كانت خطأ بُني على أن الدية تثبت للوارث ابتداء أم يتلقاها عن الموروث.

إن قلنا بالأول: لم يثبت. وإن قلنا بالثاني: فعلى الوجهين فيما إذا جنى على طرفه وانتقل إليه بالإرث.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٩٩).

(٢) الوجيز (١/ ٣٣٤).

فائدة بها تحرير ما سبق:

ها هنا مراتب ثلاث:

إحداها: ثبوت دين السيد على عبده ابتداء بسبب قارن ملكه ممتنع قطعًا إن لم يكن مرهونًا، وكذا إن كان مرهونًا خلافًا لابن سريج.

الثانية: دوام دين ثبت له عليه قبل ملكه، ومنها وجهان، والمنصوص للشافعي الثبوت فيما إذا كان مرهونًا، فإنه قال في «البويطي»: «إذا جنى على مكاتبه، فقتله، فهو كما لو جنى على أم ولده، فهو رهن بحاله، فإن كان جرحًا، فللمكاتب القود أو العفو على المال، وهو في ذلك كالأجنبي، إلا ألَّا يمضي الحكم فيه حتى يعجز المكاتب أو يموت فيكون للسيد من ذلك ما كان للمكاتب؛ لأنه إنما هلك على المكاتب وهو ملك غير ملك الأول»[1]. انتهى.

وهذا نص فيما قلناه، وكذا في «الأم» قال: «وإن كانت الجناية على المكاتب جرحًا، فللمكاتب القود أو العفو على ما يأخذه، وإذا عفا عنه على مال أُبيع العبد الجاني فدفع إلى المكاتب أرش الجناية، وإذا حل للمكاتب أن يباع له العبد في الجناية عليه، ثم مات المكاتب ⇑ [٢/١٦٦أ] قبل بيعه أو عجز، فللسيد بيعه في الجناية حتى يستوفيها؛ لأنه إنما يملك بيعه عن مكاتبه بملك غير ملكه الأول»[2]. انتهى.

فهذان النصان صريحان في ثبوت دين له على عبده في هذه الصورة، وتعليل الشافعي بأن هذا الملك غير الملك الأول يقتضي طرد ذلك في غير المكاتب، أعني إذا ورث عبدًا مرهونًا ثبت له عليه دين بطريق الأولى؛ لأن

---

(١) انظر: المهمات (٥/ ٣٧٠).

(٢) الأم (٣/ ١٨١).

تجدد الملك فيه أوضح من تجدده في صورة المكاتب.

أما غير المرهون إذا ورثه او اشتراه وله عليه دين، فالذي يظهر أنه كالمرهون، فلأجل ذلك يكون الصحيح فيها كما قال الرافعي[١] عدم السقوط، وإن كان بين الصورتين فرق من جهة أن ما نحن فيه مفروض في الرهن.

وفي إثبات ذلك فائدة التوسل إلى فك الرهن بخلاف ما إذا لم يكن، فإن فيه استدامة دين على العبد لا إلى نهاية، فيقوى شبهها بابتداء المعاملة بين السيد وعبده وهي ممتنعة، وإنما ألغينا هذا الفرق، وقلنا: الظاهر أنه كالمرهون؛ لأن الشافعي في ابتداء الدين سوَّى بين المرهون وغيره في عدم الثبوت خلافًا لابن سريج حيث فرق، فذلك على قياس الشافعي يجب أن يسوي في دوام الدين بين المرهون وغيره.

وقد حكم في المرهون بالثبوت، فليكن غير المرهون كذلك، وقياس قول ابن سريج يقتضي أن يستدام في المرهون؛ لأنه إذا قال بالابتداء في المرهون فالاستدامة أولى، وأما استدامته في غير المرهون، فيحتمل ألَّا يقول بها ابن سريج ويفرق، كما فرق في الابتداء، ويحتمل أن يقول بها؛ لأنها أخف.

المرتبة الثالثة: دوام ما ثبت لمورثه من المال على عبده بعد موت مورثه، فهذا يشبه الابتداء من جهة أنه لم يكن له قبل ذلك ويشبه الدوام من جهة أن أصله ثابت، وإنما تبدل المالك، ونص الشافعي الذي ذكرناه في المكاتب يشهد؛ لأنه كالدوام لتعليله فيه بأنه إنما هلك على ملك المكاتب، وهو ملك غير ملك الأول، أي: لمعاملتنا المكاتب معاملة الأجنبي، وهو

---

(١) فتح العزيز (٤/٥١٨).

يقيد الحكم بالثبوت، وأن علته اختلاف الملك، وذلك حاصل، ولا جرم قال العراقيون: إنه لا يسقط وهو أصح مما قاله الصيدلاني والإمام.

وإذا قسمت هذه المرتبة أيضًا إلى أن يكون مرهونًا وغير مرهون لم يخف التقرير، فهذه ثلاث مراتب في كل مرتبة مسألتان.

ومسألة إذا قتل ابن الراهن وليس له وارث غيره: إن قلنا: الدية للوارث ابتداء لم يثبت، وإن قلنا للميت فإن جعلنا الدوام كالابتداء لم يثبت وإن لم يلحق ذلك بالابتداء ثبت وهو الأصح المنصوص في «الأم»، فإنه قال: «لو جنى العبد المرهون على ابن الراهن أو أخ أو مولًى جناية تأتي على نفسه، والراهن وارث المجني عليه، فللراهن القود أو العفو على الدية، فإذا عفا على الدية بيع العبد وخرج من الرهن»[1].

فرع لو قطع طرف عبد ابن الراهن ثم مات الابن، ولا وارث له غير أبيه، فكما لو قطع طرف الابن وورثه أبوه.

فرع إذا جوزنا للوارث أن يعفو على مال، فلو كان للسيد وارثان، فعفا أحدهما عن الجناية بلا مال قال الشافعي في «الأم»: «كان العفو في القول الأول جائزًا، وكان العبد مرهونًا بحاله، وإن عفا الآخر بمال أخذه بيع نصفه في الجناية، وكان للذي لم يعف ثمن نصيبه إن كان مثل الجناية أو أقل، وكان نصفه مرهونًا، وسواء الذي عفا على المال والذي عفا على غير شيء فيما وصفت»[2].

---

(١) الأم (٣/ ١٨١).
(٢) الأم (٣/ ١٨٠).

قال ابن الرفعة: وهذا من الشافعي يفهم أن الأرش [٢/١٦١ب] إذا تعلق بالرقبة، وإن قلنا: إنه تعلق بالذمة يتعلق كل جزء من الأرش بجزء من الرقبة لا كتعلق الدين بالمرهون ألا تراه فك نصفه من أرش الجناية؛ فالعفو عن نصف الأرش، ولو كان الأرش يتعلق كل جزء منه بكل الرقبة، كتعلق المرهون لم ينفك من التعلق شيء. انتهى. ومراد الشافعي بالقول الأول القول بالثبوت.

فرع قال الشافعي في «الأم»: «ولو كانت المسألة بحالها وللسيد المقتول ورثة: صغار وبالغون، وأراد البالغون قتله لم يكن لهم قتله حتى يبلغ الصغار، ولو أراد المرتهن بيعه عند محل الحق قبل أن يعفو أحد من الورثة لم يكن ذلك له، وكان له أن يقوم في مال الميت بماله قيام من لا رهن له، فإن حاصر الغرماء، فبقي من حقه شيء، ثم عفا بعض ورثة الميت البالغين بلا مال يأخذه كان حق العافين من العبد رهنًا له يباع له دون الغرماء حتى يستوفي حقه، وإذا عفا أحد الورثة البالغين عن القود، فلا سبيل إلى القود ويباع نصيب من لم يبلغ من الورثة ولم يعف، إن كان البيع نظرًا له في قول من قال: ثم العبد يملك بالجناية على مالكه حتى يستوفوا مواريثهم من الدية، إلَّا أن يكون في ثمنه فضل عنها، فيرد رهنًا»[١].

فائدة:

قول المصنف كما لو جنى على من لا يملكه المولى هكذا رأيته فيما وقفت عليه من نسخ الكتاب، ونقله العمراني في بيان ما أشكل من «المهذب»، كما لو جنى على من يرثه فبنى المولى، وهو أحسن، ثم

---

(١) الأم (٣/ ١٨٠).

شرحه بأن المرهون إذا جنى على من يرثه سيده خطأً أو عمدًا وعفا السيد على مال، قال العراقيون: يثبت له المال على عبده.

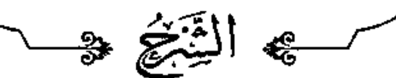
فأفتى الشيخ أبو إسحاق جوابه على هذا، وقال القفال: يبنى على وقت وجوب الدية إن قلنا: بعد موت المقتول فلا، وإن قلنا: قتله، ثم ينتقل، فوجهان؛ بناءً على الوجهين فيما لو جنى عليه عبد غيره ثم ملكه. انتهى.

وقد تقدم بعض ذلك، ولعل الوجهين في مسألة جناية عبد غيره عليه إذا ملكه بعد ذلك إنما نقلهما المراوزة، ويكون العراقيون جازمين فيها بعدم السقوط؛ لأنها أولى بذلك من مسألة الوارث التي جزموا فيها من جهة أن في تجدد ملك العبد على الدين استدامة محضة للدين، وفي الوارث الدين لم يكن له.



قال:

وإن كانت الجناية على مملوك المولى نظرت، فإن كانت على مملوك غير مرهون، فإن كانت الجناية عمدًا، فللمولى أن يقتضي منه، وإن كانت خطأً أو عمدًا فأراد أن يعفو على مال لم يجز؛ لأن المولى لا يستحق على عبده مالًا.



الجناية على مملوك المولى كالجناية على المولى، فلذلك جاز القصاص، ولم يثبت المال إذا عفا، ويأتي فيه القول بالدَّين قاله ابن سريج أنه يثبت المال، ولا فرق في ذلك بين العبد القن والمدبر وأم الولد، أما المكاتب فكالأجنبي.

وقد تقدم وقد علل المصنف هنا بأن المولى لا يستحق على عبده مالًا، وفيما إذا كانت الجناية على المولى بأن المولى لا يثبت له المال على عبده، ومعنى العبارتين واحد، والغزالي علل في الموضعين بأن السيد لا يثبت له دين في ذمة عبده حتى ينبني عليه التعلق بالرقبة[١]، والشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ علل فيما إذا كانت الجناية على السيد بأن الإنسان لا يثبت له مال في ذمة عبده[٢]، وفيما إذا كانت الجناية على عبده بأن الإنسان لا يثبت له مال في رقبة عبده[٣].

وتحقيق ذلك ينبني على معرفة محل أرش الجناية، ولا شك أنه متعلق بالرقبة، وهل هو مع ذلك متعلق بذمة العبد حتى يطالب بعد العتق بما عساه

(١) الوسيط (٣/ ٥١٥).

(٢) في الأم (٣/ ١٨٠) بمعناه.

(٣) الأم (٣/ ١٨١).

يبقى من الأرش فيه وجهان:

أصحهما: لا.

والثاني: نعم يتعلق بذمة العبد، فيطالب بعد العتق، وعلى هذا هل يتعلق بالرقبة ابتداء أو بالذمة ثم بالرقبة؟ فيه [٢/١٦٢] وجهان.

فتعليل الغزالي ناظر إلى الوجه الأخير وتعليل الشافعي لا منافاة بينهما ولا يقتضيان واحدًا معينًا من الأوجه الثلاثة، بل قوله: «لا يثبت له في ذمة عبده مال» لا يحتمل أن يكون إشارة إلى تعلق الأرش بالذمة مع تعلقه بالرقبة مترتبًا أو غير مترتب، ويحتمل أن يريد أنه إذا لم يثبت في الذمة لا احتكام للسيد عليها، فلأن لا يثبت في الرقبة التي هي محل ملك السيد أولى.

وتعليل المصنف يقتضي نفي الاستحقاق على العبد، وذلك يشمل الذمة والرقبة، وليس فيه إشارة إلى متعلق أرش الجناية أي شيء هو.



قال:

وإن كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن آخر، فإن كانت الجناية عمدًا، فللمولى أن يقتص منه، فإن اقتص بطل الرهن، وإن كان خطأً أو عمدًا وعفا على مال ثبت المال لحق المرتهن الذي عنده المجني عليه؛ لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه، فإذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته، فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول، وأمكن أنِ يقضي أرش الجناية ببيع بعضه بيع منه ما يقضي به أرش الجناية، ويكون الباقي رهنًا، وإن لم يمكن إلَّا ببيع جميعه بيع، وما فضل من ثمنه يكون رهنًا، وإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل [منه][1]، ففيه وجهان:

أحدهما: ينتقل القاتل إلى مرتهن المقتول؛ ليكون رهنًا مكانه؛ لأنه لا فائدة في بيعه.

والثاني: يباع؛ لأنه ربما يرغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته، فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه.



ثبوت القصاص في العمد في جميع الأحوال، لا خلاف فيه لما سبق، إلَّا أن يكون العبد القاتل أبًا للمقتول، فليس للسيد أن يقتص منه في جميع الأحوال؛ لما عرف في كتاب الجنايات: أن الوالد لا يقتل بالولد، نبه عليه هنا ابن أبي عصرون وغيره، ونص عليه الشافعي[2]، وكذلك كل من لا يقتل به، ولا خلاف أنه لا يجب على السيد إذا اقتص قيمته يضعها مكانه،

---

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

(٢) الأم (٦/ ٣٦).

بل يبطل الرهن.

وقول المصنف في هذه الحالة: «فإن اقتص بطل الرهن»، أي: الرهنان جميعًا، أما رهن القاتل فظاهر، وأما رهن المقتول؛ فلأنه كان قبل القصاص بصدد العفو، فيثبت المال، فيتعلق به، فلا يبطل حتى يتحقق انتفاء هذا الأمر المتوقع.

فإن قلت: كيف يبقى الرهن، ولا مرهون.

قلت: حق التعلق بما يستجب من المال من آثار الرهن؛ فلذلك لا يحكم ببطلانه، وثبوت المال هنا في الخطأ والعمد عند العفو على مال لأجل حق المرتهن، فلا ينافي قولنا: إن السيد لا يثبت له على عبده مال؛ لأن ذاك عند تمحض حق السيد، فلذلك اتفق الشافعي[1] والأصحاب هنا على أن للسيد العفو على مال، ولا فرق بين أن يطلب المرتهن ذلك أو لم يطلبه.

قال ابن الرفعة: وكان قياس التجويز لأجل حقه المجرد أن[2] يتوقف على طلبه، ولكن لا قائل به فيما علمته، وإن عفا مجانًا بلا مال.

فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين وجب المال وعفوه هنا مجانًا لا يسقط المال، بل يثبت متعلقًا برقبة الجاني لحق مرتهن المجني عليه.

وإن قلنا: موجبه القود، فإن قلنا: العفو المطلق لا يوجب المال لم يثبت شيء.

وإن قلنا: يوجبه، فكذلك على الأصح، ولا يجب على السيد أن يعفو على مال؛ لأنه تحصيل، ولا يجب عليه التحصيل وإن عفا مطلقًا، **فإن قلنا**: مطلق العفو يوجب المال؛ ثبت كما لو عفا على مال.

---

(١) الأم (٣/ ١٨١).

(٢) مكرر في المخطوطة.

وإن قلنا: لا يوجبه صح العفو، وبطل رهن مرتهن القتيل، وبقي القاتل رهنًا.

وهذا القول هو المنصوص هنا، ومنه يؤخذ أن اختياره أن العمد لا يوجب إلَّا القود عينًا، وأن العفو عنه مطلقًا لا يقتضي المال، وإذا قلنا: لا يصح العفو ⇑ [٢/١٦٢ب] ويجب المال، فقضى الراهن حق مرتهن القتيل من ماله، فقد سقط تعلقه بالقاتل.

وفي هذه الحالة هل نقول: للسيد بيعه ليفك الرهن فيه أولًا وينفذ الآن عفوه؟ كما قلنا: في عفوه أرش الجناية على عبده المرهون من أجنبي.

قال ابن الرفعة: فيه احتمال، وقد يقال: إنه لا يتمكن من بيعه وجهًا واحدًا؛ لأن حقه ثبت تبعًا، فسقط تبعًا بخلاف عفوه عن الأجنبي عند جنايته على عبده المرهون، فإن حقه على الأجنبي ثبت أصلًا، وقد ألغى عفوه فيه، فكان بعد سقوط حق الأجنبي كهو قبل عفوه، وتعلق حق الأجنبي به، وقد يقال: إن ذلك ينبني على أن طريان الملك على الدين هل يسقطه تنزيلًا؛ لزوال حق المرتهن منزلة تجدد الملك؛ لأن حق الراهن عند تعلق مرتهن القتيل ثبت في رقبة العبد القاتل، فكان زوال حق مرتهن القتيل بمنزلة تجدد الملك، هذا كلام ابن الرفعة.

والأقرب عندي من هذه الاحتمالات أنه يسقط تبعًا، كما ثبت تبعًا، ولو خرجناه على الخلاف في أن طريان الملك على الدين هل يسقطه لوجب إذا انفك الرهنان معًا بالإبراء أو بالقضاء من غيره أن يبقى دينًا للسيد في ذمة العبد على وجه، والتزام ذلك بعيد إلى الغاية.

وقد سوى المصنف في ذلك بين الخطأ والعمد إذا عفا عنه على مال وذلك لا خلاف فيه، وكذلك عمد الخطأ، وكذلك العمد الذي لا قصاص

فيه؛ كالهاشمة ونحوها، وعفو المفلس المحجور عليه، كعفو الراهن.

وقول المصنف: فإن كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول، وأمكن أن يقضى أرش الجناية يبيع بعضه بيع منه ما يقضي به أرش الجناية، ويكون الباقي رهنًا، هكذا جزم به الماوردي[1] والمحاملي في «التجريد» و«المجموع» وابن الصباغ وغيرهم.

وذكر الرافعي: «أنه ينبني على الوجهين المذكورين فيما إذا كانت قيمته مثل أو أقل، فعلى الوجه القائل بأنه ينقل من القائل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل»[2].

فإن صح هذا البناء، فيكون ما أطلقه المصنف وغيره جاريًا على الصحيح، والذي يظهر صحة البناء كما قال، لكنني أتعجب من هؤلاء الأئمة مع ذكرهم الوجهين جزموا في حالة زيادة القيمة.

وقوله: وأمكن أن يقضي أرش الجناية ببيع بعضه، هو بأن يوجد راغب في ذلك البعض، ويحصل رضا الراهن والمرتهن القائل بما يحصل بالتشقيص من النقص للباقي.

وقوله: وإن لم يمكن إلَّا ببيع جميعه، أي: بأن لم يوجد راغب يشتري بعضه أو وجد، ولكن كان يحصل بالتشقيص عيب في الباقي ولم يتراضيا به، فيباع جميعه؛ لتحصيل الواجب.

وقوله: وما فضل من ثمنه يكون رهنًا، يحتمل أن يريد أنه يتعين لأن يجعل رهنًا، ويحتمل أن يريد أنه يقيس البيع رهن، وهو الأقرب، وهذا كما في القيمة المأخوذة من الجاني على الرهن أنها تكون رهنًا من غير إنشاء

(١) الحاوي (٦/ ١٥٨).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٢٠) بمعناه.

رهن على الصحيح.

وقوله: وإن كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل، **ففيه وجهان**؛ الوجهان حكاهما جميع الأصحاب من العراقيين والخراسانيين؛ **وأصحهما** عند الرافعي وغيره.

والثاني: وهو أنه يباع[1] لكن إيراد الجرجاني يقتضي ترجيح الأول، فإنه قال: لم يبع في الجناية؛ لأنه لا فائدة فيه، وقيل: يباع.

والماوردي قال: «إن الوجه القائل بالبيع أصح إلَّا أن يقطع بعدم الزيادة»[2]، وهذا التقييد جيد، فإنه إذا تعين البيع ولم يوجد راغب، فأكثر فإيجاب البيع بقدر قيمة المقتول، والمنع من جعله رهنًا بها لا معنى له، وكلا الطريقين لا حظ لمرتهن القاتل فيه.

وينبغي أن يكون محل الخلاف عند توقع الزيادة، وحينئذ يظهر تصحيح وجوب البيع، والوجه الآخر القائل بالنقل معناه أن الراهن ومرتهن القتيل إذا اتفقا على ذلك جاز، وليس لمرتهن القاتل إلزام البيع، وأن المرتهن [٢/١٦٣] يجبر على قبوله إذا طلبه الراهن.

قال الإمام: «ولا خلاف أنه لو أتى بعبد آخر وأراد أن يجبر المرتهن على قبوله رهنًا بدل المقتول لم يجبر، فإنه ليس قيمة ولا متعلق قيمة»[3]، وأما وجوب النقل على البائع، فلا يقول أحد به.

وقد ذكر الرافعي للبيع **تعليلين**؛ «**أحدهما**: ما ذكره المصنف من توقع راغب، وهو الذي علل به الجمهور.

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٢٠).

(٢) الحاوي (٦/ ١٥٦).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٢٠١).

والثاني: أن حق مرتهن القتيل في مالية العبد الجاني لا في عينه»[١].

والتعليل الأول: ناظر إلى حق مرتهن القاتل، فيوجب البيع.

والتعليل الثاني: ناظر إلى أن مرتهن القتيل لا حق له في العين، فلا يجب النقل، وهو وحده لا ينهض بإيجاب البيع حتى يضم إلى الأول، ثم قال الرافعي: «اعلم أن الوجهين إنما يظهران فيما إذا طلب الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع، ففي وجه: يجاب هذا، وفي وجه: يجاب ذاك، أما إذا طلب الراهن البيع ومرتهن القتيل النقل، فالمجاب الراهن؛ لأنه لا حق لصاحبه في عينه، ولو أنفق الراهن والمرتهنان على أحد الطرفين فهو المسلوك لا محالة، ولو اتفق الراهن ومرتهن القتيل - يعني: على النقل»[٢].

قال الإمام: «ليس لمرتهن القاتل المنازعة فيه وطلب البيع»[٣]، وقضية التعليل يتوقع راغب أنه له ذلك.

قلت: هذا لا شك فيه، وبه يظهر أن الوجهين يظهران في **صورتين**؛ **إحداهما**: إذا طلب الراهن النقل ومرتهن القتيل البيع، والتعليل هنا ليس بتوقع راغب، بل لأن حق مرتهن القتيل في البيع، ولا يجب عليه الرضا بعين العبد وسنفرد لهذه فرعًا نبسط القول فيها.

والثانية: وإذا أنفق الراهن ومرتهن القتيل على النقل وطلب مرتهن القاتل البيع. والتعليل هنا يُتوقع راغب ويحصل الاتفاق في صورتين؛ إحداهما: إذا اتفق الراهن والمرتهنان.

والثانية: إذا قطعنا بعدم الراغب واتفق الراهن ومرتهن القتيل على ما

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٢٠) بمعناه.

(٢) المصدر السابق.

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٢٠١) بمعناه.

قدمناه، وإن أمكن أن يأتي فيها خلاف بعيد.

بقي ها هنا فائدة لا بد منها، وهي أن هذا النقل هل معناه إنشاء نقل الوثيقة أو حكم بانتقالها، وأنها انتقلت بنفس الجناية، واجتماع الشروط المانعة من تعين البيع، فإن كان معناه إنشاء نقل، فهلا جرى فيه خلاف نقل، الوثيقة من عين إلى عين.

وإذا اختلفوا في نقل الوثيقة مع اتحاد المرتهن، فكيف لم يختلفوا هنا وقد انضم إلى نقل الوثيقة من المقتول إلى القاتل تبدل المرتهن، بل قطعوا بالجواز إذا تراضى الراهن والمرتهنان كما سبق.

وإن علل ذلك بالضرورة، فلا ضرورة مع إمكان البيع وجعل الثمن رهنًا، وإن كان معناه انتقال الرهن من غير إنشاء، فمتى يكون ذلك، هل هو من وقت الجناية والتقويم وعدم التراضي بالتشقيص ونحوه مبين أو لا يحصل الانتقال إلَّا عند تحقق ذلك؟ وفي ذلك من الاضطراب ما لا يخفى، وهلا اكتفى بتعلق الجناية عن انتقال الرهن، فإنَّ تعلق الجناية كافٍ في التوثق ومحصل للمقصود ويبقى معه حق مرتهن القاتل؛ لاحتمال أن يقضي دين مرتهن القتيل من غيره، فيكون تعلق مرتهن القاتل باقيًا.

والجواب: أن الذي فهمته من كلامهم أن معنى النقل إنشاء نقل بتراضيهما، وليس هذا من نقل الوثيقة المختلف فيه؛ لأن ذاك معناه بقاء العقل وتبدل العين حتى لو أريد فسخ الأول وجعل الثاني هو الرهن جاز، كما حررناه عند الكلام [٢/١٦٣ب] فيما يشرع فساده، وهذا الذي هنا مثله؛ لأن المقصود فك رهن مرتهن القاتل وإثبات رهن مرتهن القتيل.

ومثل هذا لا خلاف في جوازه بالتراضي، فلا حاجة إلى تعليله بالضرورة، ونقل الوثيقة المختلف فيه هو تبديل العين مع بقاء العقد

واتحاد المرتهن، أما نقلها من شخص إلى شخص، فيظهر أنه ممتنع قطعًا؛ لاستحالة بقاء عقد الرهن لاثنين، ألا ترى أنه لو عقده لاثنين في العبدين لم يصح، ولو عقده فيهما لمرتهن واحد؛ صح، فهذا يبين لك أن ما نحن فيه ليس من مسألة نقل الوثيقة في شيء، وإنما هو رفع لعقد وإثبات آخر، وهو أقرب طريقًا من البيع المستحق بالجناية، فجاز سلوكه بالتراضي قطعًا وبدونه على وجه؛ لأن البيع فيه إبطال عقد مرتهن القاتل وتحديد عقد لمرتهن القتيل مع توسط إزاله ملك الراهن، فاستغنى بالنقل عن هذا التوسط واكتفى بالطرفين؛ إذ هما المقصود.

وأما القول بأن ذلك ينتقل بنفسه وينفك الأول ويثبت الثاني من غير إنشاء، فلا مستند له، وعبارة الأكثرين النقل، وهي تدل لما قلناه من أنه لا بد من إنشاء، وعبارة الكتاب أحدهما ينقل رأيتها في نسخة بخط مُجَلَّى بغير تاء كعبارة الجمهور، وفي نسخة: «ينتقل» وهي إما غلط في النسخة أو مؤولة على معنى النقل.

وعبارة الرافعي: «أنه ينقل إلى يد مرتهن القتيل»[1]، وقد يتوهم منها أنه لا يحتاج إلى إنشاء رهن، وليس كذلك، بل ذكر المقصود الذي هو الغاية، وهو كونه يصير عند مرتهن القتيل رهنًا.

وعبارة «الروضة» ضبطها بخطه: «ينقل - كما قلناه بضم الياء وسكون النون من غير تاء بعدها بعد أن كاد يكتبها «ينتقل»، ثم أصلحها لكنه بعد ذلك قال: فيما إذا كانت قيمة المقتول أقل من قيمة القاتل أنه على الوجه الثاني ينتقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القتيل»[2]، ويجب تأويلها

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٢٠).
(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٠٦).

أو إصلاحها، وكأنه كتب في الأول ينتقل في الموضعين، ثم أصلح الأولى ونسي أن يصلح الثانية.

وعبارة ابن الصباغ أحدهما: أنه ينقل إلى يد مرتهن المجني عليه رهنًا، وينقل من رهن مرتهنه، وهي عبارة محررة، وفيها تنبيه على انفكاك رهن مرتهن الجاني كما قدمناه، وهذا كلام الرافعي الذي قدمناه في تنازعهما، وأنه يجاب هذا على وجه، وذاك على وجه إنما يظهر إذا كان المقصود إنشاء نقل، ولو كان الحكم الانتقال انقطع النزاع بمعرفة صورة النزاع، وكذلك قول الغزالي: «وإن تساوت القيمتان وتراضى المالك ومرتهن القتيل بأن يحصل العبد رهنًا بدل القتيل جاز، فإن أبى مرتهن القتيل، فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان»[1]، فجعله الوجهين في الإجبار يشير إلى ما قلناه من إنشاء النقل؛ إذ هو الذي يجبر عليه لا الانتقال الذي هو حكم شرعي.

لكن ابن الرفعة قال: إنه أراد به أن الحق عند عدم رضا مرتهن القتيل بالنقل هل ينتقل إليه جبرًا أو لا ينتقل، بل يكون حقه متعلقًا بالأرش، والأرش متعلق بالرقبة فيه وجهان. انتهى.

والأولى القطع بأن حقه متعلق بالأرش، والأرش متعلق بالرقبة، وأن الوجهين في أنه هل يجب عليه قبول الرهن لينتقل تعلقه من الأرش إلى الرقبة أو لا يجب؟ بل يباع.

وذكر ابن الرفعة أيضًا في قول الغزالي: «أنهما إذا تراضيا جاز»[2] أنه لا يتخرج على نقل الوثيقة؛ لأن النقل هنا يقع ضروريًّا، ونحن قد بينا أنه لم لا يتخرج ببيان أحسن من هذا، ومحل الاتفاق إنما هو عند تراضي الراهن

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٥١٦) بمعناه.

(٢) المصدر السابق.

والمرتهنين، أما عند تراضي الراهن ومرتهن القتيل خاصة، فإنما جزم الغزالي به تبعًا لإمامه، وقد تقدم كلام الرافعي عليه.

فرع لو اتفق الراهن [٦/١٦٤] ومرتهن القاتل على النقل أو طلبه الراهن وحده حيث يعلم عدم الراغب بزياد، ونقول بأنه ليس لمرتهن القاتل طلب البيع بقدر القيمة، فهل لمرتهن المقتول طلب البيع؛ لأن حقه فيه لا في العين أو يجاب الراهن إلى النقل؛ لأنه لا فائدة في البيع تقدم عن الرافعي ما يقتضي أن هذه الصورة هي صورة الوجهين.

فعلى الأصح يجاب مرتهن المقتول وله طلب البيع، وعلى الوجه الآخر يجاب الراهن وينقل، ويحتمل أن يقال على الوجهين لا بد من رضى المرتهن بالنقل، فمتى لم يرض وطلب البيع أجبر الراهن عليه، ويحتمل أن يقال: يجاب الراهن قطعًا، ويكون معنى القول بالنقل أنه لا يجب البيع لحق مرتهن القاتل؛ ولذلك أن الأكثرين إنما نظروا لتوقع الراغب وعدمه.

وأما كون أرش الجناية في المالية لا في العين فصحيح، وأما كون ذلك مقتضيًا للبيع ففيه نظر؛ لأنه حيث يكون مقصود المجني عليه التملك له غرض في البيع ليتملك بالثمن، وهنا ليس الغرض إلَّا التوثق، وهو حاصل بعينه كما يحصل بماليته، فلا غرض لمرتهن المقتول في البيع، فإذا لم يكن مانع من مرتهن القاتل أجيب الراهن، ولا يلزم بإزالته عين ملكه، وجعل الوثيقة في ثمنه من غير غرض صحيح.

وهذا هو الظاهر عندي إلَّا أن يكون لمرتهن القتيل غرض صحيح في الامتناع عن أخذ ذلك العبد رهنًا لخوف عليه لم يكن على المقتول أو نحو ذلك، فيعذر في طلب البيع.

قال:

وإن كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذي عنده القاتل، فإن كانت عمدًا واقتص منه بطل الرهن، وإن كانت خطأً أو عمدًا وعفا عنه على مال نظرت، فإن اتفق الدينان في المقدار والحلول والتأجيل واتفق قيمة العبدين ترك على حاله؛ لأنه لا فائدة في بيعه.

وإن كان الدَّين الذي رهن به المقتول حالًّا، والدين الذي رهن به القاتل مؤجلًا بيع؛ لأن في بيعه فائدة وهو أن يقضي الدين الحال، وإن اختلف الدينان واتفقت القيمتان نظرت؛ فإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أكثر لم يبع؛ لأنه مرهون بقدر، فإذا بيع صار مرهونًا [بنصفه][(١)]، وإن كان الدين الذي ارتهن به القاتل أقل نقل، فإن في نقله فائدة، وهو أن يصير مرهونًا [بالكثير][(٢)] من الدين الذي هو مرهون به، وهل يباع وينقل ثمنه أو ينقل بنفسه؟ على وجهين، وقد مضى توجيههما، وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة واختلفت القيمتان نظرت؛ فإن كانت قيمة المقتول أكثر لم يبع؛ لأنه إذا ترك كان رهنًا بمائة، وإذا بيع كان ثمنه رهنًا بمائة، فلا يكون في بيعه فائدة.

وإن كانت قيمة القاتل أكثر بيع منه بقدر قيمة المقتول، ويكون رهنًا بالحق الذي كان المقتول رهنًا به وباقية على ما كان.



حكم اقتصاصه وعفوه على مال أو مجانًا أو مطلقًا على ما سبق، ويزداد النظر في المال ها هنا أن الجاني والمجني عليه إما أن يكونا مرهونين بدين

(١) في المطبوع من المهذب: «ببعضه».

(٢) في المطبوع: «بأكثر».

واحد أو بدينين، فإن كانا بدين واحد، فقد نقضت الوثيقة، ولا جائز كما لو مات أحدهما، والباقي على حاله مرهون بجميع الدين، وإن كانا بدينين رهن كل منهما بأحدهما في صفقتين.

فهذا القسم هو الذي ذكره المصنف، والدَّينان إما متفقان أو مختلفان، وعلى التقديرين، فقيمة القاتل وقيمة المقتول [٢/١٦٤ب] إما متفقان وإما مختلفان، فهذه أربع مسائل:

المسألة الأولى: أن يتفق الدينان وتتفق القيمتان، فلا فائدة في البيع ولا في النقل، بل يبقى القاتل على حاله مرهونًا بما كان مرهونًا به، وتسقط وثيقة المقتول ويبقى دينه بغير رهن.

قال الروياني: «هكذا قال أصحابنا، وقيل: ينبغي أن يقرض على البيع، فربما رغب راغب فزاد في ثمنه، فيكون قدر قيمة المقتول رهنًا مكان المقتول، وما بقي رهنًا مكان القاتل»[١]. انتهى.

واتفاق الدينين المراد به في المقدار والحلول والتأجيل وقدر الأجل، وإذا اتفقا في ذلك فسواء اختلفا في الجنس والاستقرار أم لا؛ ولذلك أطلق المصنف، وفي «الوسيط»: «أن اختلاف جنس الدينين كاختلاف القدر»[٢]، وهو مخالف لنص الشافعي والأصحاب ولكلام إمامه.

والمراد باختلاف الجنس، أن يكون أحدهما دراهم والآخر دنانير واستويا في المالية، بحيث لو قوِّم أحدهما بالآخر لم يزد ولم ينقص، ولو اختلف الدينان في الاستقرار وعدمه بأن كان أحدهما عوضًا بتوقع، رده بالعيب أو صداقًا قبل الدخول، فلا أثر له عند الجمهور.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٧٩ - ٢٨٠).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٥١٧) بمعناه.

وقال أبو إسحاق المروزي: «إن كان القاتل مرهونًا بالمستقر، فلا فائدة في النقل، وإن كان مرهونًا بالآخر فوجهان»[(١)]، «ولو قال المرتهن: قد جنى ولا آمنه فبيعوه وضعوا ثمنه رهنًا، ففيه **وجهان؛ أحدهما**: يجاب؛ لأنه غرض صحيح، وقد حدث ما يوجب تغييرًا في الجملة.

والثاني: لا، كما لو ارتهن عبدًا فبدت منه هناة قريبة إلى الهلاك، فقال: «بيعوه أثق بثمنه لم نجبه إلَّا أن يمرض مرضًا يخاف موته، فيلحق بالتفصيل بالمطعوم الذي يتسارع إليه الفساد»[(٢)]، هكذا قاله الإمام، وكلام القاضي حسين يقتضي طرد الخلاف فيما استشهد به.

المسألة الثانية: أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان، وقد ذكرها المصنف آخرًا، فإن كانت قيمة المقتول أكثر، فلا بيع ولا نقل، وإن كانت أقل بيع ما يساويها أو نقل على الوجهين السابقين والزائد على ما كان.

المسألة الثالثة: أن يختلف الدينان، وأول ما نقول: إن الإمام قال: «إذا طلب المرتهن من الراهن جعل القاتل مرهونًا بما كان القتيل مرهونًا به مع بقائه مرهونًا بما كان مرهونًا به قبل جنايته».

قال الإمام: «فلا يجاب إليه اتفق عليه الأصحاب، والسبب فيه أنا ما لم يفك الرهن المتعلق به لا يتصور ربط دين آخر به هذا سبيل اعتراضات الجنايات على المرهون، فإذا أردنا تقرير الرهن الأول ونقل الدين الثاني إليه لم يكن ذلك على مقتضى تأثير الجناية في الرهن»[(٣)].

قال ابن الرفعة: وهذا فيه نظر يتلقي مما إذا كانت جناية العبد المرهون

---

(١) انظر: روضة الطالبين (٤/ ١٠٧).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٠٢) بمعناه.

(٣) المصدر السابق بمعناه.

على غير المرتهن وطلب المرتهن فكه بالأرش من عنده؛ ليكون مرهونًا بالأرش مع القديم، وقد تقدم فيه حكاية **طريقين؛ إحداهما**: قاطعة بالجواز، فما المانع إذا كانت قيمة القتيل يستغرق قيمة القاتل حيث يقول للمرتهن: فك الرهن أن يجري مثل هذين الطريقين فيه، ولا شك عندي في جريانهما.

فإن قيل: ظاهر كلام الإمام منصرف إلى أنه لا يجب على الراهن إجابته، والطريقان إنما هما في جواز ذلك بالتراضي لا في وجوبه.

قلت: صحيح، لكن الإيراد حينئذ يتوجه على ما علل به منع الإيجاب انتهاء، ولا اختصاص لهذا البحث بحالة اختلاف [١٢/١٦٥] الدينين، بل يجري في غيرها أيضًا متى احتيج إلى النقل، فإن لم يحتج إلى النقل فلا جريان للطريقين؛ لأنه لم يشرف على الزوال، ومحل الطريقين إنما هو إذا أشرف، والذي قاله الإمام على عدم الوجوب، وهو صحيح لا معترض عليه إذا عُرف هذا، فإذا اختلف الدَّيْنان واتفقت القيمتان، وهي هذه المسألة المالية.

فاختلاف الدينين إن كان بالحلول والتأجيل، فإن كان الذي رهن به المقتول حالًّا والذي رهن به القاتل مؤجلًا احتيج إلى النقل؛ لقضاء الدَّين الحالِّ، وهل النقل بالبيع أو ينتقل بنفسه؟ على ما سبق من الوجهين، وإن كان دين القاتل حالًّا ودين المقتول مؤجلًا، ففي النقل فائدة أيضًا، وهو أن تحصل الوثيقة بالمؤجل ويطالب بالحالِّ الآن، ولم يذكر المصنف هذه الصورة، وكذا لو كانا مؤجلَّيْن وأحد الأجلين أطول وإن كان اختلاف الدينين ليس بالحلول والتأجيل لكن بالقدر، فإن كان دين القاتل أكثر، فلا بيع ولا نقل؛ إذ لا فائدة فيه، وهكذا إن كان مساويًا، وإما إذا كان أقل ففي نقله فائدة، وحيث أطلقنا النقل فهل يباع وينقل ثمنه، أو ينقل بنفسه؟ على

الوجهين السابقين، **أصحهما**: البيع؛ ولذلك أطلقه المصنف في مواضع، وهنا نبَّه على الوجهين.

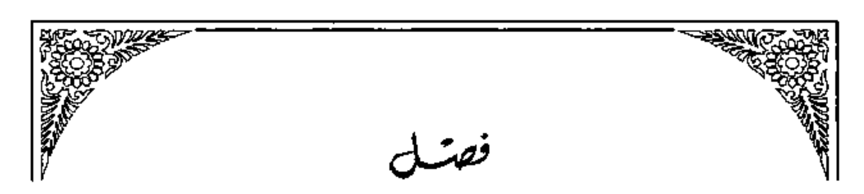
المسألة الرابعة: أن يختلف الدَّيْنان وتختلف القيمتان، فإن كان اختلاف الدينين بالحلول والتأجيل نُقل على ما سبق، وإن كان في القدر، فإن كانت قيمة المقتول أكثر، فإن كان المرهون بأكثر الدينين هو القتيل نقل، وإن كان المرهون بأقلهما هو القتيل، فلا فائدة في النقل، وإن كان المتقول أقلهما قيمة، فإن كان مرهونًا بأقل الدينين فلا فائدة في النقل، وإن كان بأكثرهما نقل من القاتل قدر قيمة المقتول إلى الدين الآخر، ولا يغفل حيث أطلقنا النقل أن تخرجه على الوجهين هل يُنقل بنفسه أو يُباع، ولم يذكر المصنف المسألة الرابعة؛ لأن حكمها يُعرف في حكم المالية لا فرق بينهما، وإنما ذكرناها نحن لنستوفي الأقسام، وذكر اختلاف الدينين بالحلول والتأجيل أولًا.

ثم قال: وإن اختلف الدَّينان كأنه لا يطلق الاختلاف إلَّا على الاختلاف في القدر، وأما على الاختلاف في الحلول والتأجيل، فإنما يصدق مقيدًا.

وحيث قلنا: لا بيع ولا نقل، فالجناية هدر بالنسبة إلى ثبوت المال؛ لأن السيد لا يثبت له مال على عبده.



قال:



فصل

[في جناية المرهون بإذن المولى]

وإن جنى العبد المرهون بإذن المولى نظرت، فإن كان بالغًا عاقلًا، فحكمه حكم ما لو جنى، بغير إذنه في القصاص والأرش على ما بيَّنَّاه، ولا يلحق السيد بالإذن إلَّا الإثم، فإنه يأثم لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ مُؤْمِنٍ وَلَوْ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مَكْتُوبٌ بَيْنَ عَيْنَيْهِ: آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ»، وإن كان غير بالغ نظرت، فإن كان مميزًا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل كان كالبالغ في جميع ما ذكرناه إلَّا في القصاص، فإن القصاص لا يجب على الصبي وإن كان صغيرًا لا يميز أو أعجميًّا لا يعرف أن طاعة المولى لا تجوز في القتل لم تتعلق الجناية برقبته، بل يتعلق حكم الجناية بالمولى، فإن كان موسرًا أخذ منه الأرش.

[٢/١٦٥ب]
وإن كان معسرًا، فقد قال الشافعي رحمه الله: يُباع العبد في أرش الجناية ⇑ فمن أصحابنا من حمله على ظاهره وقال: يُباع؛ لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها، ومنهم من قال: لا يُباع؛ لأن القاتل في الحقيقة هو المولى، وإنما هو آلة كالسيف وغيره، وحمل قول الشافعي رحمه الله على أنه [أراد][1] إذا ثبت بالبينة أنه قتله، فقال المولى: أنا أمرته، فقال: يؤخذ منه الأرش إن كان موسرًا

(١) في المخطوطة: «وأخذ». والمثبت من المطبوع من المهذب.

بحكم إقراره، وإن كان معسرًا بيع العبد بظاهر البينة.

الشرح

هذا الحديث حسنٌ رواه ابن ماجه[(١)] بسند رجاله ثقات كلهم إلى أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُؤْمِنٍ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ، لَقِيَ اللَّهَ تَعَالَى مَكْتُوبٌ بَيْنَ عَيْنَيْهِ: آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللهِ»**. ورويناه في كتاب «الترغيب والترهيب» من حديث ابن عمر، قال: قال رسول الله ﷺ: **«مَنْ أَعَانَ عَلَى دَمِ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ كُتِبَ بَيْنَ عَيْنَيْهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ: آيِسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللهِ»**. شطر الكلمة: نصفها، قال سفيان بن عيينة: هو أن نقول: أُقْ[(٢)]. يعني: لا يتم كلمة: اقتل.

فإن قلت: قتل النفس ليس بكفر بإجماع أهل السنة وكثير من غيرهم، والله تعالى يقول: ﴿لَا يَاْيْـَٔسُ مِن رَّوْحِ ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْقَوْمُ ٱلْكَٰفِرُونَ﴾ [يوسف: ٨٧].

قلت: يحتمل وجوهًا:

أحدها: أن يكون الفعل في نفسه قد انتهى في الكبر إلى حدٍّ يستحق عليه اليأس من رحمة الله، وأن يكون صاحبه في القيامة بهذه المثابة إلَّا أن يتداركه الله برحمة.

الثاني: أن يكون كتابة ذلك عليه بين عينيه يوم القيامة عقوبة وفضيحة على رؤوس الأشهاد على هذه المعصية العظيمة ويتدارك الله من يشاء برحمته.

الثالث: أن يعاقبه الله على قتل النفس بخاتمة السوء، نعوذ بالله منها،

---

(١) (٢٦٢٠).

(٢) غريب الحديث للخطابي (١/٢٠٥).

وعلى هذا يكون عامًّا مخصوصًا؛ لأن بعض القاتلين لا يحصل له ذلك، وتكون الكتابة واليأس حقيقة.

وعلى الثاني يكون عامًّا مخصوصًا أيضًا؛ لأن من تاب خارجًا عنه، وتكون الكتابة حقيقة واليأس يحتمل أن يكون موجودًا اعتبارًا بما يقع في نفسه ذلك الوقت عقوبة له، ويحتمل عدمه اعتبارًا بما في علم الله تعالى.

وعلى الأول وهو الأحسن لا تخصيص؛ لأن المقصود أن هذا جزاؤه سواء وقع أم لم يقع، فمن ارتفع عنه هذا الجزاء من التائبين، ومن شاء الله أن يغفر لهم من غيرهم، فبفضل الله تعالى، وكذلك من عوقب في الآخرة ثم دخل الجنة، ومن لم يحصل له ذلك بأن سبق عليه الكتاب، فمات على الكفر تحقق عليه ذلك الجزاء وثبت مقتضاه، وليس من الذنوب شيء بهذه المثابة غير القتل، وهذه قاعدة ينتفع بها في كل ما ورد في الوعيد مع ما علم من عفو الله تعالى.

وللعلماء أجوبة، مثل كونه مشروطًا بالمشيئة أو عامًّا مخصوصًا ونحو ذلك، وهذا الجواب الذي نحونا إليه هنا جواب آخر، وهو أن يكون عبر بذلك عن تبيين جزائه، فلا شرط ولا تخصيص، وغايته أنه تجوز بالإخبار عن الوقوع عن الأخبار بالجزاء المقتضي للوقوع، فوضع المسبب، وهو الوقوع موضع السبب وهو الاستحقاق.

وقول المصنف: ولا يلحق السيد بالإذن إلَّا الإثم. يرد عليه التعزير، فإنه يلحقه أيضًا، ويعتذر عنه بأن التعزير عام في كل معصية لا حدَّ فيها ولا كفارة، ومقصوده لا يلحقه [١٢/١٩٦] من موجبات القتل الخاصة به، وهي ثلاثة: القصاص والأرش في الدنيا، والعقوبة العظيمة في الآخرة، وهي المعبر عنها بالإثم، فكأنه قال: لا يلحقه من الثلاثة إلَّا واحدة، وانتفاء القصاص

والأرش عن السيد إذا كان العبد بالغًا أو مميزًا عاقلًا لا يعلم أن طاعة السيد لا تجب في ذلك لا خلاف فيه إلَّا أن يكرهه على الجناية أو يكون أمره بمنزلة الإكراه على وجهٍ، فيجب على السيد القصاص إذا كانت الجناية توجبه على الأصح، فإذا آل الأمر إلى المال، قال ابن الصباغ: وجب على السيد نصف الدية وعلى العبد نصف الدية تتعلق برقبته، وكذا قاله أبو الطيب.

وقال الماوردي: «في حال إكراهه إن كانت الجناية توجب المال تعلقت برقبة العبد مع ذمة السيد»[1]، وسكت عن حالة مصيرها إلى المال بعد إيجابهما القصاص.

وقال المحاملي: لو أكرهه على القتل يجب القود على المكره، وأما المكره وهو المباشر، **فقولان؛ أحدهما**: يجب. **والثاني**: لا قود عليه، وعليه نصف الدية.

وقال الإمام: «إذا لم نعلق بالمكره عقوبة ولا غرمًا، فلا يبعد إجراء خلاف في تعلُّق الأرش برقبته»[2]. انتهى.

أما إذا لم يكن إكراه فإذا عُفي على مال أو كان العبد مراهقًا تعلق الضمان برقبته خاصة، وهو مراد المصنف حيث اقتضى كلامه أن البالغ يجب عليه الأرش في الخطأ وفي العمد عند العفو، وأن الصبيَّ المميز يجب عليه الأرش في الحالتين وهو متعلق برقبته، لا تعلق له بذمة السيد؛ لعدم الإكراه.

أما الصغير الذي لا يميز والأعجمي الذي لا يعرف أن طاعة المولى في

(١) الحاوي (٦/ ١٦٦) بمعناه.

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٠٤) بمعناه.

ذلك لا تجوز، فهو كالآلة، وحكم الجناية من القصاص أو الدية متعلق بالسيد بلا خلاف، وكذا إذا كان العبد مجنونًا طارئًا والوجهان في معنى كلام الشافعي راجعان إلى أن مثل هذا العبد هل يتعلق المال برقبته؟ وفيه **وجهان؛ أحدهما**: نعم؛ لأنه متلف، **وأصحهما**: لا؛ لأنه آلة، وهو قول ابن أبي هريرة، والأول يُعزى لأبي إسحاق المروزي؛ تمسكًا بظاهر ما نقله المزني.

فإنه قال: «ولو كان السيد أمر عبده بالجناية، فإن كان يعقل بالغًا، فهو آثمٌ ولا شيء عليه، وإن كان صبيًّا أو أعجميًّا فبيع في الجناية كلف السيد أن يأتي بمثل قيمته يكون رهنًا مكانه»[1]. انتهى.

فإن قلنا متعلق برقبته فمعناه مع التعلق بذمة السيد، فيقدم المجني عليه بثمن العبد والباقي في ذمة السيد، ولا يخرج العبد بأمر السيد عن أن تتعلق الجناية برقبته، ونظيره إذا التقط العبد، فعلى السيد أخذها منه، فإن لم يفعل حتى استهلكها العبد، ضمنه السيد في ماله، وفي رقبته وجهان، وقال القاضي حسين: إن الوجهين يلتقيان على أن المكره على إتلاف مال هل يكون طريقًا للضمان؟! إن قلنا: نعم؛ تعلق برقبة العبد، وإلا فلا.

قلت: لكن المذهب أن المأمور طريق في الضمان، والصحيح هنا أنه لا يتعلق برقبة العبد، والفرق ظاهر، ظاهر كلام طائفة من الأصحاب أنه لا فرق في جريان الوجهين بين أن يكون السيد موسرًا أو معسرًا، هكذا يقتضيه كلام المراوزة، وأما المصنف والعراقيون، فإنما ذكروهما فيما إذا كان معسرًا.

[٧٢/١٩٦]
حتى إن ابن الصباغ ردَّ على القائل بالبيع بأنه لو تعلقت الجناية به ⇑ لبيع

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٥) بمعناه.

فيها موسرًا كان السيد أو معسرًا، ولك أن تقول: هو مستحق البيع، موسرًا كان السيد أو معسرًا، ولكنه إذا كان السيد موسرًا وبيع تكلَّف السيد أن يأتي بمثل قيمته رهنًا، كما اقتضاه نصه في المزني، فكان ترك بيعه وإلزام السيد بالأرش أولى، وينبغي ألَّا يكون في هذا خلاف، أعني في جريان الوجهين في اليسار والإعسار.

وكلام المصنف والعراقيين لا يأبى ذلك، بل معناه إن كان موسرًا، فلا حاجة إلى البيع، بل يطالب السيد بالأرش، وإن كان متعلقًا برقبة العبد على أحد الوجهين، وإن كان معسرًا، فليس لنا شيء يمكن المطالبة به الآن إلَّا الرقبة، فذكروا الوجهين هنا؛ للاحتياج إليها، وإن كانت جارية في الأصل هذا الذي ينبغي حمل كلام الأصحاب عليه، فلا خلاف بين الطريقين ولا تباين، نعم كلام الماوردي[1] مشير إلى التباين وسنحكيه في فرع، والنص الذي حكيناه ظاهره صحة البيع حالة اليسار، فما ظنك بحالة الإعسار!

نعم، إذا قلنا بالتعلق حالة اليسار، فهل يتعين الأرش طريقًا؛ جمعًا بين الحقين لئلا يُباع، فيطالب الراهن بقيمته رهنًا أو للمجني عليه المطالبة بالبيع، ظاهر كلام المصنف وغيره يقتضي الأول وكلام الشافعي محتمل للثاني، فإنه قال: «فبيع في الجناية كلِّف السيد أن يأتي بمثل قيمته»[2]، فهذا دليل على أن البيع في الجناية قد صح، ولو لم يكن مستحقًّا لما صحَّ، ومنه يؤخذ استحقاقه حالة الإعسار بطريق الأولى.

وقد ذكر الأصحاب ثلاثة أجوبة عن هذا النص:

أحدها: ما ذكره المصنف إذا ثبتت الجناية بالبينة وادعى السيد الإذن،

---

(١) الحاوي (٦/ ١٦٦).

(٢) المصدر السابق.

وأنكر المجني عليه إذنه، فلا يقبل قول السيد عليه، بل يباع حالة الإعسار.

وقول المصنف: إنه يؤخذ منه الأرش إن كان موسرًا بحكم إقراره، ينبغي أن يكون في محله إذا لم يكذبه المجني عليه بل سكت، وحينئذ يتمكن من مطالبته عليه حالة اليسار بإقراره وتصديقه ويتمكن من البيع حالة الإعسار بتكذيبه.

أما إذا كذب حالة اليسار، فيصير إقرار السيد بالإذن بالنسبة إلى تعلق المال بذمته، كمن أقرَّ لشخص بشيء وهو ينكره، ولعل لهذا المعنى لم يقل المصنف في فرض المسألة أن المجني أنكر، بل تركها مطلقة؛ ليحتمل ما ذكرناه، ويحتمل أن يقال: إن السيدَ وإن كذبه المجني عليه متمكن من فداء العبد، فإذا دفع قيمته جاز للمجني عليه أخذها على كل تقدير؛ لأنه إن كان السيد كاذبًا، فهي فداء، وإن كان صادقًا، فهي بعض الأرش الذي اعترف به، ويجوز أيضًا للمجني عليه مطالبة السيد بها على التقديرين لما ذكرناه، وإن كان مكذبًا في تعيين أحد الطريقين.

وقد اعترض ابن الرفعة بأن مضمون قول الراهن أن أرش الجناية عليه وإن بيع العبد وقع ظلمًا، فكيف يجعل ما أخذ منه رهنًا، وأجاب: بأن الأرش الذي اقتضى قول الراهن أنه عليه ملك للمجني عليه وقد أخذ بدل الرهن ظلمًا في جنايته، وحق المرتهن متعلق بها، فجعل الأرش الذي يستحقه مكانة من باب الظَّفَر بمال من عليه الحق، ولذلك أصل ستعرفه في كتاب الضمان والحوالة.

قلت: لو كان كذلك لوجب مثل الثمن الذي بيع به، والشافعي إنما قال: «مثل القيمة»[1]، والقيمة والثمن قد يختلفان، وأيضًا فالبيع باطل بزعم

---

(١) الحاوي (٦/ ١٦٦).

السيد، فالثمن غير مستحق للمرتهن.

نعم، مقتضى إقرار [٢/١٦٧] السيد أن المجني عليه حال بين المرتهن والعبد ظلمًا، فيجب عليه القيمة للحيلولة، وللمجني عليه على السيد الأرش، وهو غريم الغريم، فترجع إلى مسألة الظفر بهذا الطريق، وأما على القول بالتعلق بالرقبة، فغرامة السيد القيمة للمرتهن ظاهرة؛ لأنه بإذنه في القتل متسلط على البيع، فهو الحائل بالبيع بين المرتهن وبينه، فوجب القيمة لذلك ولا شيء للمرتهن على المجني عليه.

الجواب الثاني عن كلام الشافعي أنه قال: فبيع، وليس هذا أمرًا منه بالبيع، وإنما أراد أنه إذا باعه حاكمٌ رأى بيعه؛ لأن ذلك مما يسوغ فيه الاجتهاد، ذكره ابن الصباغ وغيره مع الأول، ونقلهما الماوردي عن ابن أبي هريرة[١]، وهما مستقيمان بحسب لفظ المزني الذي حكيناه، وهو الذي حكاه الجمهور، وأما الذي حكاه المصنف من قول الشافعي يُباع، فقد ساعده المحاملي على هذه الحكاية، فإن صحت، فلا يستقيم الجواب الثاني، ولعلها أُخذت من معنى كلام الشافعي.

الجواب الثالث، نقله ابن داود عن بعض الأصحاب: أنه نُسب إلى المزني إلى الغلط في النقل، وليس بجيد؛ لأن البويطي نقله كذلك في «مختصره» من غير زيادة ولا نقص، وهكذا في «الأم»، ولفظه في «الأم»: «فإن كان السيد أمر العبد بالجناية وكان بالغًا يعقل، فهو آثمٌ، ولا يكلف السيد إذا بيع فيها أو قتل أن يأتي برهن غيره، وإن كان العبد صبيًّا أو أعجميًّا، فبيع في الجناية كلف السيد أن يأتي بمثل قيمته ثمنًا، ويكون رهنًا مكانه إلَّا أن يشاء أن يجعلها قصاصًا في الحق»[٢].

---

(١) الحاوي (٦/ ١٦٦).

(٢) (٣/ ١٨٤).

فرع وعدنا أن نذكر من كلام الماوردي ما يقتضي مباينة طريق العراقيين لطريق المراوزة، وذلك أنه علل قول ابن أبي هريرة «بأن الجناية منسوبة إلي السيد وجنايات السيد إذا أعسر بها لم يجز أن تباع فيها أمواله المرهونة»[١]، وعلل قول أبي إسحاق «بأن الجناية عن العبد صدرت ومن فعله حدثت، وإنما غلب فيها السيد إذا أمكن أخذها من ماله، فإذا تعذر فأولى الأمور أن يباع فيها العبد الجاني، فإذا بيع بكل الرهن، فإن أيسر السيد بها فيما بعد أخذت منه قيمة العبد تكون رهنًا أو قصاصًا.

قال أبو إسحاق: وكذلك لو أن رجلًا بالغًا عاقلًا أمر صبيًّا صغيرًا بقتل إنسانٍ، فقتله كان القود على الآمر، فإن عفا ولي الجناية عن القود إلى الدية، وكان الرجل الآمر بها معسرًا أخذت الدية من مال الصبي القاتل وكانت الدية دينًا للصبي على الرجل يرجع عليه إذا أيسر بها، وعلى قول ابن أبي هريرة لا يجوز أن تؤخذ الدية من مال الصبي وتكون دينًا على الرجل الآمر يؤخذ بها إذا أيسر»[٢].

قلت: والقول بأنها تؤخذ من مال الصبي الذي لا يميز حال إعسار الآمر غريبٌ، وطرد ابن إسحاق قوله فيه، قد نقله الماوردي كما رأيت، وتعليله يرشد إلى تخصيصه بحالة الإعسار، وإن جمع ذلك مع إطلاق المراوزة الوجهين موسرًا كان السيد أو معسرًا لزم طرد وجه في الصبي، وإن كان الرجل الآمر موسرًا، وهو في غاية البعد، وعلى تقدير ثبوته بمعناه أنه طريق في الضمان، والقرار على الرجل الآمر.

---

(١) الحاوي (٦/ ١٦٦).

(٢) الحاوي (٦/ ١٦٦ - ١٦٧) بمعناه.

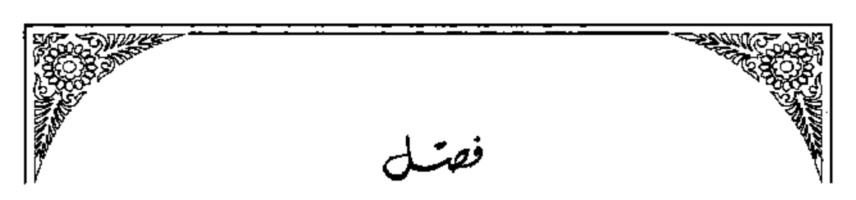
فرع قال الشافعي في «الأم»: «وإن جنى العبد المرهون على نفسه [٢/١٦٧ب] جناية عمدًا أو خطأً، فهي هدر، وإذا جنى العبد المرهون على امرأته أو أم ولده جنايةً، فألقت جنينًا ميتًا، فإن كانت الأمة لرجل، فنكحها العبد، فالجناية لمالك الجارية يُباع فيها الرهن، فيعطى قيمة الجنين إلَّا أن يكون في العبد الرهن فضل عن قيمة الجنين فيباع منه بقدر قيمة الجنين، وجنايته على الجنين، كجنايته على غيره خطأً ليس للسيد عفوها؛ لحق المرتهن فيها، ويكون ما بقي منه رهنًا»(١).

فرع إذا أراد السيد أن يتطوع بفدائه، ففي القديم يفديه بالأرش بالغًا ما بلغ، وفي الجديد بأقل الأمرين من الأرش والقيمة(٢)، وهذا مقرر في موضعه حيث تعلقت الجناية بالرقبة وحدها.



(١) الأم (٣/ ١٨٢).
(٢) انظر: نهاية المطلب (١٥/ ٤٥٤).

قال:



[في الجناية على المرهون]

وإن جُني على العبد المرهون، فالخصم في الجناية هو الراهن؛ لأنه هو المالك للعبد ولما يجب من بدله.



قال أبو حنيفة: «الخصم في الرهن المرتهن دون الراهن»[(١)]، وبناه على أصله في أن الرهن مضمون، وأن اليد له، فأما بناؤه على كونه مضمونًا، فستعرف ضعف المبني عليه، واحتج أصحابنا بأنه لو جُني عليه جناية توجب القصاص كان الخصم فيه للراهن، فكذلك ما يوجب المال.

وأما كون اليد له، فمنقوض بالمستأجر، فإن اليد له وليس بخصم، كذا نقضه الماوردي[(٢)]، ونص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[(٣)] وجمهور الأصحاب على أن المخاصم في الرهن الراهن، وفي الإجارة المؤجر، والمرتهن والمستأجر لا مخاصمة لهما، كما أن المودَع والمستعار لا يخاصم فيهما إلَّا المالك.

وذكر الرافعي في الإجارة وجهًا أن للمستأجر المخاصمة إذا غصبت

---

(١) انظر: مختصر القدوري (ص٩٣).
(٢) الحاوي (٦/ ١٧٥).
(٣) الأم (٣/ ١٨٤).

العين، وقال هناك: «إن الوجهين يجريان في أن المرتهن هل يخاصم»[١].

وقال هو والمراوزة هنا خصوصًا صاحب «التهذيب»: «إنه لو قعد الراهن عن الخصومة يعني في بدل الجناية، هل للمرتهن أن يخاصم؟ **قولان؛ أظهرهما عند الأصحاب**: لا، وبه قال القفال»[٢]، وقطع الإمام[٣] والغزالي[٤]، فإن له أن يخاصم ويدعي، وكذلك المستأجر إذا ادعى العين وقال من في يده: إنها ملك فلان أجرها مني، وإنما لا تدعي المستأجر القيمة؛ لأن حقه لا يتعلق بها، والمرتهن يدعي على هذا بالقيمة إذا قتل العبد، وبالعين إذا غُصب؛ لأن حقه فيهما والمستأجر لا حقَّ له إلَّا في العين، فلا يدعي إلَّا إذا غصبت.

وقال جماعة: إنَّ الأقيس دعوى المرتهن والمستأجر، ولكنه خلاف النص وما عليه الجمهور، ثم القائلون به هنا لم يطلقوه، وإنما قيَّدوه بما إذا قعد الراهن وتكاسل عن المخاصمة بعد إطلاقهم أن الخصم هو الراهن.

وعبارة الإمام: «لو امتنع الراهن من المخاصمة قال المحققون. أينهض المرتهن خصمًا وتوصل إلى ثبوت حقه، كما نقول: له مطالبة الراهن إذا كان هو الجاني توصلًا إلى ثبوت حقه؛ إذ لو لم يتوجه له الطلب في الحالين لضاع حقه وتعطل بخلاف ما إذا كان المالك مطالبًا للجاني»[٥]. انتهى.

وهذا يفهم أنه إذا لم يتقاعد لا يطالب المرتهن، وكذلك لا يبتدر المرتهن المخاصمة حتى يتحقق تقاعد الراهن أو فوت الأمر لو لم يخاصم، وبما قاله

---

(١) فتح العزيز (٦/ ١٧٢).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥١٣) بمعناه.

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٢١٥ - ٢١٦).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤/ ١٠١).

(٥) نهاية المطلب (٦/ ٢١٥ - ٢١٦) بمعناه.

الإمام يظهر أن الأَوْلى تمكين المرتهن من المخاصمة عند امتناع الراهن، فهذا هو المختار، وليس هذا مخالفًا لنص الشافعي أن الخصم هو الراهن؛ لأن ذلك في أصل الحق، وعند الامتناع لم يقف للشافعي على نص، بل صاحب «التهذيب» نقل قولين، والمخاصمة هي القياس وإلا لضاع الحق، ولعل الجمهور حيث أطلقوا أن المخاصم هو الراهن لم يريدوا هذه الصورة، وإنما أرادوا خلاف أبي حنيفة، كما أطلقه الشافعي في «المختصر»[(١)].

وهكذا في الإجارة إذا غُصبت العين وتقاعد المالك عن المطالبة المختار أن للمستأجر المخاصمة، ومحل الخلاف في مخاصمة المستأجر فيما إذا غصبت العين، أما إذا جُني عليها، فلا حق للمستأجر في البدل، فلا مخاصمة [٢/١٦٨] له قولًا واحدًا، والخلاف في المرتهن في المسألتين إذا غُصبت وإذا جُني عليها.

وفي الرافعي في الدعاوى عن «فتاوى القفال» وغيره: «أنه إذا غُصب المرهون من المرتهن كان لكلٍّ من الراهن والمرتهن أن يدعيه على الغاصب»[(٢)]، وهذا مخالف ما تقدمت حكايته عن القفال، فإن كان عنه، فلعله اختلف قوله، وقد احتج لعدم المخاصمة بأنه يثبت الملك للراهن، وليس بوكيلٍ عنه ولا وليٍّ.

وجوابه: أن هذا جاء ضمنًا للضرورة، كما في دعواه على الراهن إذا كان هو الجاني.

قلت: غرماء المفلس عند تكاسله عن المطالبة بما له من المال على

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٥).

(٢) فتح العزيز (١٣/ ٢٨٧).

جاحده ليس لهم المخاصمة.

وإن قلنا: لهم الحلف على رأيٍ عند نكوله عن اليمين، كما ذلك رأي الجمهور خلافًا لأبي محمد، فإنه جعل ابتداء الدعوى تلو الحلف، فقال: إنهم يدعون حيث يحلفون، والمشهور القطع بأنهم لا يدعون.

وإن قلنا: يحلفون وأيضًا، فإن الأصح أن غرماء المفلس لا يحلفون، وذلك يقتضي أن الأصح أن المرتهن لا يخاصم وإن امتنع الراهن.

قلت: أما كونهم لا يدعون على المشهور، وإن قلنا يحلفون؛ فلأن لهم مندوحة عن ذلك، وهو الحاكم يقيم من يدعي، فإنه ناظر لهم، وقد حجر على المفلس لحقهم، فيناسب أن يطلب ماله من الأموال؛ ليوفي بها دينه، والراهن ليس محجوزًا عليه من جهة الحاكم.

وأما كون الغرماء لا يحلفون على الصحيح ومن ضرورة ذلك أنهم لا يدعون، وذلك يقتضي عدم مخاصمة المرتهن بالقياس عليهم، فالفرق أن للمرتهن تعلقًا خاصًا، فالرهن أكثر من تعلق غرماء المفلس بأعيان أمواله، فإن الغرماء لا يد لهم على مال المفلس، وإنما حقهم في ذمته، والذي يحدد منعه من التصرف خاصة، فليس لهم الدعوى بما لا يستحقون وضع اليد عليه، ولا الحلف فيه؛ إذ لا استحقاق لهم إلَّا بعد استحقاق المفلس.

وأما المرتهن فحقه في العين ووضع اليد عليها، فدعواه انتزاعها ممن هي في يده دعوى بخاصٍّ حقه مستقلًّا به، فلم يمنع منه، وممن قال به شيخ القفال فيما نقله القفال عن خطه، وقال صاحب «التهذيب»: «إنه القياس»[1]، والمراد بالمخاصمة الدعوى والاستحلاف وإقامة البينة ويمين الرد، وأما المال إذا حصل، فيأخذه من الرهن في يده.

---

(١) التهذيب (٤/ ٤٣).

فرع ذكر الرافعي في آخر الدعاوى في مسائل منثورة مما جمع من «فتاوى القفال» وغيره: «أنه لو غُصب المرهون من يد الراهن، قال الراهن في دعواه على الغاصب: لي ثوبٌ كنتُ رهنتُه عند فلان وغصبه منه، ويلزمه الرد إليَّ. ولو اقتصر على قوله: لي عنده ثوب صفته كذا ويلزمه ردُّ إليَّ جاز، ولا بُعد في قوله: يلزمه رده إلي؛ لأن يد المرتهن يد الراهن؛ ولهذا لو نازعه رجل في المرهون، كان القول قول الراهن، وإن كان في يد المرتهن؛ لأن يده في يده»[1].



(١) فتح العزيز (١٣/ ٢٨٧) بمعناه.

قال:

فإن ادعى على رجل أنه جنى عليه، فأنكر ولم تكن بينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، فإن نكل عن اليمين رُدَّت اليمين على الراهن، فإن نكل فهل ترد اليمين على المرتهن؟ فيه قولان؛ بناء على القولين في المفلس إذا ردت عليه اليمين فنكل، فهل ترد على الغريم؟ فيه قولان:
أحدهما: لا تُرد؛ لأنه غير مدعٍ.
والثاني: ترد؛ لأنه ثبت له حق فيما ثبت باليمين، فهو كالمالك.



لا خفاء فيه، وكذلك لو كان للراهن شاهد واحد ولم يحلف معه، فهل يحلف المرتهن؟ فيه القولان في غرماء المفلس، والأصح في الموضعين أن غرماء المفلس لا يحلفون، وكذلك المرتهن لا يحلف لكن هذا إنما يتم إذا قلنا بأنه لا يُخاصم، إما إذا قلنا: يخاصم، فلا شكَّ أنه يحلف.



قال:

وإن أقرَّ المدعى عليه أو قامت عليه البينة أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحد القولين، فإن كانت الجناية موجبة للقود، فالراهن بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو، فإن اقتص بطل الرهن، وإن قال: لا أقتص ولا أعفو. ففيه وجهان، قال أبو علي بن أبي [٢/١٦٨ب] هريرة رَحِمَهُ اللَّهُ: «للمرتهن إجباره على اختيار القصاص [أو أخذ][1] المال»[2]؛ لأن له حقًّا في بدله، فجاز له إجباره على تعيينه.

وقال أبو القاسم الداركي: «إن قلنا: إن الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك إجباره»[3]؛ لأنه إذا ملك إسقاط القصاص، فلأن يملك تأخيره أولى، وإن قلنا: إن الواجب أحد الأمرين أجبر على التعيين؛ لأن له حقًّا هو القصاص، وللمرتهن حقٌّ هو المال فيلزمه التعيين، وإن عفا على مالٍ أو كانت الجناية خطأً وجب الأرش وتعلق به حق المرتهن به؛ لأن الأرش بدل عن المرهون، فتعلق به حق المرتهن به.



الشرح

فصَّل المصنف طرق الثبوت، فمتى ثبتت الجناية، فإن كانت موجبة للقود، فالراهن بالخيار، وليس للمرتهن أن يمنعه من ذلك؛ لأنه لإصلاح ملكه، فهو كما لو قُتل حرٌّ وعليه ديون، فاختار الورثة القصاص لم يكن للغرماء منعهم من ذلك، فإن اقتص بطل الرهن؛ لأنه لم يبق له متعلق،

---

(١) في المخطوطة: «وأخذ». والمثبت من المطبوع من المهذب.

(٢) انظر: حلية العلماء (٤/ ٤٥٣).

(٣) المصدر السابق.

وهذا مما يدلك على أنه قتل القصاص لا يبطل وإن لم يكن مال، بل يبقى لاحتمال ثبوت المال ومحل الحكم ببطلان الرهن بالقصاص إذا كانت الجناية على النفس.

ومن قول المصنف: إن المرتهن يحلف على أحد القولين، وتقسيمه بعد ذلك الجناية إلى موجبة للقود وغيرها، تعلم أنه لا فرق في حلف المرتهن بين أن تكون الجناية عمدًا أو خطأً، وكذلك صرَّح به غيره؛ لأن العمد قد يصير إلى المال، وهذا في الحلف سهل وفي الدعوى إذا قلنا: للمرتهن المخاصمة قد يستشكل من جهة أنه لا حق للمرتهن في القود، فكيف يدعي وكأنه احتمل ذلك، كما احتمل دعوى السيد.

وإن قلنا: الواجب أحد الأمرين مع إبهامها إما دعوى المرتهن بالمال حيث يجب أو دعواه بردِّ العين، فلا إشكال فيها، وإن قال: لا أقتص ولا أعفو. وأراد التأخير فطريقان سماهما المصنف وجهين، وكثيرًا ما يقع في كلامه ذلك وهو صحيح؛ لأن الطرق في الوجوه للأصحاب وإن اختصت الطرق بتصرف، فكل طريق وجه ولا ينعكس.

وقد حكى الرافعي الطريقين من غير نسبة، ولم يصحح منهما شيئًا[١].

وقال النووي: «ينبغي أن يقال: إن قلنا: إذا عفا على أن لا مال لا يصح أُجبر وإلَّا فلا»[٢].

ولك أن تقول: إذا قلنا: لا يصح فالخيرة بين القصاص والمال.

وإن قلنا: يصح، فالخيرة بين القصاص والمال والعفو مجانًا، فلم يجبر إذا كانت الخيرة بين شيئين ولا يجبر إذا كانت بين ثلاثة، وحق المرتهن

(١) فتح العزيز (٤/ ٥١٤).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٠١).

متعلق بأحد الثلاثة، كما هو متعلق بأحد الاثنين وساقط على أحد الاثنين كما هو ساقط على تقديرين من الثلاثة.

ولو قيل بأنه لا يجبر أصلًا لكان له وجه؛ لأن حق المرتهن في الأرش تابع لعدم اختيار الراهن القصاص، والشرع قد مكَّنه منه ومن العفو؛ فكيف يُجبر؟!

وقال ابن الرفعة: الأشبه عندي الطريقة الأولى - يعني: طريقة ابن أبي هريرة - أنه يُجبر، قال: لأن حق المرتهن انحصر في الرهن حتى لا يملك ما دام باقيًا بعد التعيين مطالبة الراهن بالوفاء من غيره، كما تقدَّم، ذكره عند الكلام في المدبر فيه حاجة إلى طلب التعجيل[1]، ويقوي ذلك إذا كان حقه حالًّا، فإنه إذا سقط حقه من الرهن تمكن من المطالبة بغيره.

قلت: قد تقدَّم الردُّ عليه في دعواه انحصار حق المرتهن في الرهن، وبيَّنَّا أن الأمرَ بخلافه، ولو سلم له ذلك، فينبغي هنا أن تجوز المطالبة بالدين في هذه الحالة ما لم يختر الراهن العفو، فإنه قبل اختياره ⇑ [٢/١٦٩] العفو إذا كان الواجب القود لا نقول بأن الرهن ثابت كما كان، وإنما الثابت حق الرهن ليتعلق بالمال عند العفو، وحيث أطلقنا فيما سبق أن الرهن لم يبطل إنما هو بالنسبة إلى هذا المعنى، فإنه كيف يكون رهنٌ ولا مال؟! وإنما العقد موجود يتعلق بما سيجب في المال، فيصير مرهونًا به.

واستشكل ابن الرفعة قول أبي القاسم: إن قلنا: الواجب أحد الأمرين أُجبر من جهة أنه يفهم أنه لا يملك إسقاط حق المرتهن، وليس كذلك، بل له إسقاطه بالقصاص على القولين. انتهى.

وليس في كلام أبي القاسم ما يُفهم ذلك، وبالجملة القول بالإجبار

---

(١) فوق هذه الكلمة في المخطوطة: «كذا».

مشكل، والقياس عدم الإجبار مطلقًا على القولين، لكنِّي لم أرَ من قال به.

وصحح ابن أبي عصرون في «الانتصار» طريقة ابن أبي هريرة بالإجبار، قال: إنها أصح الطريقين. ومع ذلك قال: إن الثاني متجه.

واعلم، أن صورة المسألة أن يكون الجاني عبدًا، فإنه لو كان حُرًّا لم يجب القصاص، وكذلك إذا كان عبدًا من أصول المقتول كأبيه وجدِّه أو أمه أو جدته، أو كانت الجناية في طرف لا يتأتى فيه القصاص كالهاشمة، ففي كل هذا يتعين الأرش.

وإنما الكلام حيث وجب القصاص في نفسٍ أو طرف، ولا فرق بين النفس والطرف إلَّا أن في النفس إذا اقتص يبطل الرهن، وفي الطرف يستمر فيما بقي، وممن قال ببطلان الرهن إذا اقتص في النفس، الثوريُّ[1]، وقال أحمد وإسحاق: «يؤخذ السيد برهن يكون قيمة العبد»[2].

وقال أبو حنيفة: «ليس للسيد القصاص ويتعين الأرش».

وإذا عفا السيد، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعفو على مال، فيثبت المال، وفي هذه الصورة، وفيما إذا كانت الجناية خطأً يتعلق حق المرتهن به، وكذا إذا كانت عمدًا غير موجبة للقود، بل موجبة للمال لما ذكره المصنف، سواء أكانت على النفس أم على الطرف.

الحالة الثانية: أن يعفو مطلقًا.

فإن قلنا: مطلق العفو يقتضي المال ثبت وتعلَّق المرتهن به وإلا فلا، وهو الأصح.

(١) الأوسط (١٠/ ٥٥٨).

(٢) مسائل أحمد وإسحاق رواية إسحاق بن منصور (٦/ ٣٠٤٠).

الحالة الثالثة: أن يعفو على أن لا مال.

فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين ثبت المال بقوله: عفوت، ويلغو قوله بعد ذلك على أن لا مال وإن قلنا: موجبه القود.

فإن قلنا: العفو المطلق لا يوجب المال لم يجب شيء، وإن قلنا يوجبه بالأصح أنه لا يجب أيضًا؛ لأن القتل لم يوجبه، وإنما يجب بعفوه عليه، وذلك نوع اكتساب، ولا يجب عليه الاكتساب للمرتهن، والغرض أنه لم يُطلق العفو حتى يجب على قول، وإنما قيَّده بأن قال فلا يجب شيء، ومن هنا يُعلم أن الخلاف في أن مطلق العفو هل يوجب المال يجري مع القول بأن الواجب القود عينًا، وكذلك صرحوا به إذا عرفت هذا فلك أن تأخذ من مفهوم كلام المصنف حكم الحالة الثانية والثالثة على الصحيح، وأنه لا يجب المال؛ لأنه قيَّد الوجوب بأن يعفو عن مالٍ.

فرع قال الشافعي: «لا ينتظر الحاكم المرتهن ولا وكيله؛ لأن القصاص إلى السيد دون المرتهن وأحب أن يُحْضر الحاكمُ المرتهنَ أو وكيله احتياطًا، لئلا يختار الراهن أخذ المال ثم يدعه أو يفرِّط فيه، فيهرب العبد الجاني، وإن اختار الراهن أخذ المال من الجاني على عبده، ثم فرَّط فيه حتى يهرب الجاني لم يغرم الراهن شيئًا بتفريطه، ولم يكن عليه أن يضيع رهنًا مكانه»[1]، هذه نصوصه في باب الجناية على العبد المرهون فيما فيه قصاص.

وقال أيضًا بعده فيما فيه العقل: «إذا جنى أجنبيٌّ على عبد مرهون جناية لا قود فيها مثل أن يكون الجاني حرًّا أو أب المجني عليه أو جده أو أمه أو

---

(١) الأم (٣/ ١٨٥).

جدته [٢/١٦٩ب] أو لم يبلغ أومعتوهًا، أو تكون الجناية مما لا قود فيه بحال، مثل المأمومة والجائفة، أو تكون الجناية خطأً، فمالك المرهون الخصم في الجناية، وإن أحب المرتهن حضر الخصومة، وإذا قُضي على الجاني بالأرش في العبد المرهون لم يكن لسيد العبد الراهن عفوها ولا أخذ أرش الجناية دون المرتهن، وخير الراهن بين أن يكون أرش الجناية قصاصًا من الدين الذي في عنق العبد، أو يكون موضوعًا للمرتهن على يدي من كان الرهن على يديه إلى أن يحل الحق، ولا أحسب أحدًا يعقل يختار أن يكون أرش الجناية موضوعًا غير مضمون عن أن يكون قصاصًا، وسواء أتت الجناية على نفس العبد أم لم تأت عليها إذا كانت جناية لها أرش لا قود فيها»[(١)]. انتهى.

وهذه النصوص تشير إلى ما تقدم عن الماوردي: «أنه ليس للراهن قبض الأرش، بل يقبضه من كان الرهن تحت يده»[(٢)].

وقال الروياني: «قال الشافعي: إن أحب أن يحضر المرتهن الخصومة ليعاون الراهن ويؤيده وليعلم ما يُقضى به للراهن من الأرش، فيأخذه رهنًا كان له ذلك، وإن لم يحضره فإن الراهن يأخذ الأرش، ويدفعه إلى المرتهن، فيكون رهنًا عنده أو عند العدل إن كان العبد رهنًا عند العدل، وإن شاء جعله قصاصًا من الحق»[(٣)]. هذا كلام الروياني، فإن كان كله من كلام الشافعي فقوله: إن الراهن يأخذ الأرش ويدفعه إلى المرتهن مخالف لما تقدَّم، أنه لا يأخذه دون المرتهن، وإن كان من كلام الروياني مدرجًا

---

(١) الأم (٣/ ١٨٦ - ١٨٧) بمعناه.

(٢) الحاوي (٦/ ١٧٦) بمعناه.

(٣) بحر المذهب (٥/ ٢٨٨).

بعد كلام الشافعي وهو الظاهر؛ فالصواب ما قاله الشافعي.

فإن قلتَ: كيف يدعي الراهن بما ليس له قبضه؟

قلت: كما يدعي من له بعض عين على غاصبها، فإنه يستحق رفع يده عنها، وإن كان لا يجوز للمدعي وضع يده عليها إلَّا بإذن شريكه هكذا هنا الراهن له حق الملك، ويستحق المدعى عليه التسليم بسببه، فيسلمه لمن يستحق قبضه.

فإن قلتَ: قد قال الشافعي في باب الجناية على العبد المرهون بما فيه قصاص: «وإن اختار أخذ قيمة عبده أخذه القاضي بأن يدفعه إلى المرتهن إن كان الرهن على يديه، أو من على يديه الرهن إلَّا أن يشاء أن يجعله قصاصًا من حق المرتهن عليه»[1]. انتهى.

وهو يوافق ما قاله الروياني من أن الراهن يأخذ الأرش ويدفعه إلى المرتهن.

قلت: قد تأملته وظهر لي فيه احتمالان:

أحدهما: أن الشافعي لم يقل: وإن أخذه، وإنما قال: وإن اختار، فيحمل قوله يدفعه على أن يخلي بين المرتهن وبين قبضه من الجاني.

والثاني: هو أحسن أن هذا فيما إذا كان الواجب القصاص، فإذا أخذ القيمة والفرض أنه لم يعف قبل أخذه، فلا يمتنع عليه الأخذ؛ لأنه إلى الآن لم يتعلق حق المرتهن به، فإذا أخذ القيمة على سبيل المصالحة تعينت بقبضه للأرش، فيتعلق حق المرتهن وهي في يده، فيجب عليه حينئذ دفعها لمن كان الرهن في يده.

---

(١) الأم (٣/ ١٨٤).

ونصه الذي حكيناه في باب الجناية فيما فيه العقل: أنه إذا قُضي بالأرش لم يكن للراهن أخذه مستمرٌّ على هذا، فإنه تعين للأرش قبل أخذه، وقد تعلق حق المرتهن به، فلا يجوز للراهن أخذه، وقد حصل لك من هذا فائدة عظيمة فيمن يقول: قبض بدل الجناية، وألا تطلق القول، بل تقول: إن كان قد تعين الأرش فيقبضه من كان الرهن تحت يده، ولا يجوز للراهن قبضه وإلا فيجوز.

نعم، من يقول: إن الأرش في الذمة لا يوصف بكونه رهنًا حتى يُقبض، لا يبعد أن يجوِّز للراهن قبضه، وإن وصف [٢/١٧٠] بكونه رهنًا[1] في الذمة، وفيه احتمال أيضًا على ذلك؛ لأن حق المرتهن لا شكَّ في تعلقه به، وإن لم يوصف بكونه رهنًا من حيث الاسم.

فرع لو عفا على مالٍ، ثم أراد أن يعفو مجانًا، فليس له ذلك، وكذلك لو اختار المال، ثم اختار القصاص لم يجز القصاص، ولو جنى على العبد المرهون ثلاثة أعبد، فاختار السيد القصاص فيهم جاز في قول من قتل أكثر من واحد بواحد، وإن اختار أن يقتص من أحدهم ويأخذ ما لزم الاثنين من قيمة عبده كان له ويُباعان فيها، ويكون ثمن عبده من ثمنهما رهنًا.

«وإن اختار أن يأخذ ثمن عبده منهما، ثم أراد عفوًا عنهما أو عن أحدهما كان الجواب فيها كالجواب في المسألة قبلها في العبد الواحد»، هذا لفظ الشافعي[2]، قال: «ولو جنى حرٌّ وعبدٌ على عبدٍ مرهون عمدًا فنصف قيمة

---

(١) من هامش المخطوطة: «والذي في (ح): «أرشًا»».
(٢) الأم (٣/ ١٨٥).

المرهون على الحر في ماله حالَّة وخُيِّر في العبد في قتله أو العفو عنه أو أخذ نصف قيمة عبده من عنقه، فإن مات العبد الجاني بطل ما عليه.

وإن مات الحر فنصف قيمته في ماله، وإن أفلس الحر، فهو غريم، وكل ما أخذ منه كان مرهونًا، ولا خيار للعبد المجني عليه، وإنما الخيار لمالكه.

ولو كان الجاني عبدًا للراهن أو عبدًا له وعبدًا لغيره ابن أو غيره كان القول فيه كالقول في غيره، وخُيِّر في عبده الجاني على عبده بين القود والعفو عنه بلا شيء؛ لأنه إنما يدع قودًا جُعل إليه تركه، وإن لم يعف عن القود إلَّا على اختيار العوض من المال كان عليه أن يفتدي عبده الجاني إن كان منفردًا بجميع أرش الجناية، فإذا فعل خُيِّر بين أن يجعلها قصاصًا أو يسلمهما رهنًا.

وإن كان الأرش ذهبًا أو ورقًا كالحق الذي عليه، فشاء أن يجعله قصاصًا فعل، وإن كان إبلًا أو شيئًا غير الحق، فشاء أن يبيعها ويقضي المرتهن منها حتى يستوفي حقه أو لا يبقى من ثمنها شيء فعل، وإن شاء أن يبيعها ويجعل ثمنها رهنًا لم يكن له ذلك، وإن كان الأرش ذهبًا أو فضة، فسأل الراهن أن يترك والانتفاع بها، كما يترك وخدمة العبد لم يكن ذلك له؛ لأن العبد ينفع بلا ضرر عليه ويُرد إلى مُرتهنه، والدراهم لا منفعة لها إلَّا بأن تصرف.

وليس للراهن صرف الرهن في غيره. . . وإن كان صلحًا برضا المرتهن كُنَّ أرش جنايته على إبلٍ، فهي موضوعة على يدي من الرهن على يديه، وعلى الراهن علفها وصلاحها، وله أن يكريها وينتفع بها»[1].



(١) الأم (٣/ ١٨٥ - ١٨٧).

قال:

وإن أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط؛ لأنه لو كان الرهن باقيًا، فأسقط حقه منه سقط فكذلك إذا أسقط من [يدٍ له][(١)]، فإن أبرأ المرتهن الجاني من الأرش لم يصح إبراؤه؛ لأنه لا يملكه، فلا ينفذ إبراؤه فيه، كما لو كان الرهن باقيًا فوهبه.

وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يبطل؛ لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة، فإذا سقط الإبراء بقي ما تضمنه من إبطال الوثيقة.

والثاني: لا يبطل لأن الذي أبطله هو الإبراء، والإبراء لم يصح، فلم يُبطل ما تضمنه.



الوجهان في طريقة العراقيين، وحكاهما الإمام عنهم[(٢)]، **وأصحهما** عند الجرجاني الأول، وجزم به الماوردي[(٣)]، وعند غيرهما الثاني، وممن صححه البندنيجي، والروياني[(٤)]، والرافعي[(٥)]، وابن أبي عصرون، وهو الصحيح قياسًا على ما لو وهب المرهون، فإنه لا يبطل الرهن بالهبة الفاسدة، وعلى الأول قد يُفرق بأن ⇑ [٢/١٧٠ب] الرهن في العين آكد منه في الأرش.

---

(١) في المطبوع من المهذب: «بدله».

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢١٦).

(٣) الحاوي (٦/ ١٧٦).

(٤) بحر المذهب (٥/ ٢٨٨).

(٥) فتح العزيز (٤/ ٥١٤).

فإن قلت: هل يتخرج هذا على ما إذا بطل الخصوص، هل يبطل العموم؟

قلت: لا؛ لأن لفظه لا عموم فيه، ولا بطلان الوثيقة جزءًا من الإبراء، بل هو لازم له، وإذا بطلت دلالة المطابقة بطلت دلالة الالتزام.

وقول المصنف: لا في الذي أبطله، ينبغي أن نقول: الذي تضمنه، ولا فرق في بطلان إبراء المرتهن من الأرش وعفوه عن الجناية بين أن يكون الدين الذي له حالًّا أو مؤجلًا، نصَّ عليه(١).

وقول المصنف: فلم يبطل ما تضمنه. كذا رأيته في نسختين إحداهما بخط مجلًّى، والصواب ما قاله صاحب «البيان»(٢) والرافعي(٣) وغيرها، فلم يصح ما تضمنه، وعبارة «الاستقصاء» كعبارة «المهذب» في إبطاله، وفي فلم يبطل.



---

(١) الأم (٣/ ١٨٩).

(٢) البيان (٦/ ١٠٢).

(٣) فتح العزيز (٤/ ٥١٤).

قال:

وإن أبرأه الراهن من الأرش لم يصح إبراؤه؛ لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه، فلم يصح، كما لو كان الرهن باقيًا فأراد أن يهبه، فإن أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن [منه][1]، فهل ينفذ إبراء الراهن للجاني من الأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينفذ؛ لأن المنع منه لحق المرتهن، وقد زال حق المرتهن، فنفذ إبراء الراهن.

والثاني: أنه لا ينفذ؛ لأنَّا حكمنا ببطلانه، فلا يجوز أن يُحكم بصحته بعد الحكم بإبطاله، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه.



الأصح من الوجهين عند البغوي[2]، والرافعي[3]، والعمراني[4]، وابن أبي عصرون الثاني، وهو أنه لا ينفذ، وجزم به الماوردي[5]، وابن الصباغ، وقال العمراني: «إن الأول ليس بشيء»[6]، وليس كما قال، فإن الأول جزم به المحاملي في «المجموع»، والبندنيجي وسُليم في «التقريب»، ونصَّ عليه الشافعي[7]، والمصنف حكى الخلاف في وجهين، والشيخ أبو محمد

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.
(٢) التهذيب (٤/ ٤١).
(٣) فتح العزيز (٤/ ٥١٤).
(٤) البيان (٦/ ١٠٢).
(٥) الحاوي (٦/ ١٧٦).
(٦) البيان (٦/ ١٠٣).
(٧) الأم (٣/ ١٨١).

حكاهما قولين، وقال: إنهما ينبنيان على قولين في المفلس إذا أعتق ثم فضل ذلك العبد العتيق وأطلق عنه الحجر، هل ينفذ ذلك العتق أم لا، انتهى.

ومقتضى هذا أن يكون الأصح البطلان؛ لأنه الأصح في الفلس، فلذلك يظهر هنا أنه الأصح، وكذلك اقتضاه إيراد الرافعي في «الشرح الكبير»(١) و«الصغير»، و«المحرر»، وقال في «الروضة»: «إنه المشهور»(٢).

لكن الشافعي في «الأم» قال: «وإن اختار أخذ المال بطل القصاص، فإن عفا عن المال الذي وجب له بعد اختياره أو أخذه، وهو أكثر من قيمة عبده أو مثله أو أقل؛ لم يجز عفوه؛ لأنه قد وهب شيئًا قد وجب رهنًا لغيره، وإذا برئ من المال بأن يدفع الحق إلى المرتهن من مالٍ له غير المال المرهون أو أبرأه منه المرتهن ردَّ المال الذي عفاه عن العبد الجاني على سيد الجاني؛ لأن العفو براءة من شيء بيد المعفو عنه، فهي كالعطية المقبوضة، وإنما رددتها لعلة حق المرتهن فيها، فإذا ذهبت تلك العلة، فهي ثابتة لسيد العبد الجاني بالعفو المتقدم، وإذا قضى المرتهن حقه مما أخذ من قيمة عبده لم يغرم من المال الذي قضاه شيئًا للمعفو عنه.

وإن فضل في يديه فضل عن حقه ردَّه على سيد العبد المعفو عنه الجناية والمال، وإن أراد مالك العبد الراهن أن يَهَب للمرتهن ما فضل عن حقه لم يكن ذلك له، وإن قضى بقيمة العبد المقتول المرهون دراهم وحق المرتهن دنانير وأخذها الراهن، فدفعها إلى المرتهن، فأراد الراهن أن يدعها للمرتهن بحقه، ولم يرد ذلك المرتهن؛ لم يكن ذلك له، وبيعت،

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥١٤).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٠١).

فأعطي صاحب الحق وسيد العبد المعفو عنه ما فضل من أثمانها.

وإنما منعني لو كان الراهن موسرًا إن أسلم عفوه عن المال بعد، إذ اختاره، وأصنع فيه ما أصنع في العبد لو أعتقه، وهو موسر أن حكم العتق مخالف جميع ما سواه أنا إذا وجدت السبيل إلى العتق ببدلٍ منه أمضيتُه وعفو المال مخالفٌ له، فإذا عفا ما غيره أحق به، حتى يستوفي حقه كان عفوه في حق غيره باطلًا، كما لو وهب عبده المرهون لرجلٍ [٢/١٧١] وأقبضه إياه أو تصدق عليه صدقة محرَّمةً وأقبضه إياه ما كان صنع من ذلك مردودًا حتى يقبض المرتهن حقه من ثمن رهنه، والبدل من رهنه يقوم مقام رهنه لا يختلفان»[١]. انتهى. هذا كلام الشافعي بحروفه، وهو صريح في تنفيذ العفو عند انفكاك الرهن.

وقال القاضي حسين: إذا لم ينفذ عفوه مجانًا ففكه من الرهن، ففي نفوذه جوابان، بناء على المكاتب إذا عفا عن الجناية مجانًا، ولم ينفذ لحق السيد إذا هو تبرع فبرئ عن النجوم بأداء أو إبراء، هل ينفذ؟ فيه جوابان بناء على المحجور عليه بفلس إذا عفا أو تصرف تصرفًا سواه، ثم فك عنه الحجر، هل ينفذ فيه قولان.

قلت: والخلاف في المكاتب قولان أرجحهما عند الرافعي عدم النفوذ كما قاله هنا، وقال البغوي[٢] والرافعي[٣]: إن العفو عن المال لا يصح لحق المرتهن، وفيه قول أن العفو فيه موقوف، وهذه العبارة منهما تقتضي أنهما سَلَكا بالقول المنصوص مسلك وقف العقود، وذلك يناسب ما قاله

---

(١) الأم (٣/ ١٨٥).
(٢) التهذيب (٤/ ٤٢).
(٣) فتح العزيز (٤/ ٥١٤).

الإمام من أن مأخذ تنفيذ عتق الراهن والمفلس الوقف[١]، وقد تقدَّم في عتق الراهن أن ملاحظة وقف العقود هنا بعيدة، إلَّا ترى أن الخلاف في إعتاق الراهن لا يجري في بيعه وهبته، فبيعه وهبته ينبغي أن يتخرجا على وقف العقود، وأما إعتاقه فلا، بل ذلك تصرُّف نافذ الآن في حق الراهن لاغٍ في حق المرتهن، فإذا زال حق المرتهن لم يبق مانعٌ من التنفيذ.

ولا نقول: إن تنفيذ العتق في حق الراهن كان موقوفًا في حقه، بل هو نافذ في حقه من ذلك الوقت، هذا إن قلنا: إنه إذا انفكَّ الرهن أو بيع، ثم عاد يعود العتق، أما إذا قلنا: لا يعود، فهو قول بالإبطال من أصله، ويلزم المحاملي ومن وافقه أن يفرق بين الراهن والمفلس، فإنَّ عفو الراهن على ما قال نافذٌ، وإعتاق المفلس ليس بنافذ على الأصح.

وما حكيناه من نص الشافعي ناطق بأن الإبراء كالعتق، لكن العتق ينفذ من الموسر في حق المرتهن، والإبراء بخلافه، فيقتضي أنه كإعتاق المعسر، فإذا زال المانع ينبغي أن يكون على قولين كإعتاق المعسر إذا انفك الرهن، والصحيح أنه لا ينفذ، وقياسه هنا أنه لا يصح الإبراء.

وعند هذا أقول - وبالله التوفيق: إن الذي ظهر بحسب ما وقفت عليه من كلام الشافعي أنه إذا انفك الرهن وزال حجر المفلس نفذ العتق، وإذا زال تعلق المرتهن بالأرش الذي أبرأ منه الراهن نفذ الإبراء، وإنما قلت ذلك لنصه هنا على نفوذ الإبراء، ونصه في عتق الراهن لا يعارضه؛ لأنه محمول على ما دلَّ عليه كلامه في الرهن الصغير على ما إذا حكم به حاكم، أي ببطلان العتق، فينفذ حكمه؛ لأنه مختلف فيه، ونصه في الفلس لم يتعرض فيه للعتق، وإنما ذكر البيع والهبة وقال: «وما فعل من هذا ففيه **قولان**؛

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١١٣، ٣٩٥) بمعناه.

أحدهما: أنه موقوف»[1]. انتهى.

فأما أن نقول: إن حجر الفلس بالحاكم، فلأجل ذلك لا ينفذ شيء من تصرفاته على الأصح، وإن كان عتقًا كما دلَّ عليه كلام المحاملي وغيره، فيظهر به الفرق بينه وبين ما نحن فيه، وأما أن نقول أن عتقه نافذٌ أيضًا إذا انفكَّ الحجر وهو المختار، كعتق الراهن وإبرائه، والفرق بين العتق والإبراء، وبين غيرهما من التصرفات أن غيرهما من التصرفات عقد يفتقر إلى إيجابٍ وقبول، والعقود لا توقف ولا يمكن تصحيحها الآن لوجود الحجر فبطلت، والإبراء: إسقاط ما له من الدين، وكذا العتق إبطال ملكه عليه، والحجر لا يمنع من صحة ذلك بالنسبة إليه، وإنما يمنع منه بالنسبة إلى المرتهن والغرماء، وصار للدين. [٢/١٧١ب]

والملك جهتان: جهة يختص بها الراهن، فينفذ العتق والإبراء فيها في الحال، ولا نقول إن ذلك موقوف.

وجهة تتعلق بالمرتهن والغرماء، فوقف الحال فيها، فإذا زال تعلقهم بطل ما كان لهم من الحق، ولم يبق للراهن والمفلس حقٌّ؛ لأنه قد انقطع بالإعتاق والإبراء، والقدر الذي بقي منه إنما كان لضرورة حق المرتهن والغرماء، فزال بزواله، هذا هو الذي ظهر لي في جمع كلام الشافعي، وإبراز ما فيه من المعنى الفارق بين العتق والإبراء وغيرهما مما لا يقع إلا صحيحًا كله أو موقوفًا كله، أعني عقد البيع والهبة لا يتصور فيه ما لحظناه من الثبوت في حق شخصٍ دون شخص بخلاف العتق.

ألا ترى أن من أقر بحرية عبد ثبت ذلك في حقه دون غيره، ويؤيد ذلك أن الشافعي في «البويطي» قال في المفلس المحجور عليه: فإن أعتق أو

---

(١) الأم (٣/ ٢١٤).

وهب أو باع بعد ما توقف، فكل ذلك موقوف، فإن قضى ما عليه وفضل فضلة، جاز فيه ما عمل فيه وصنع إلَّا الصدقة والهبة، فإن له أن يرجع ما لم يقبض، ولو أن الغرماء أجازوا العتق في حال وقفه جاز. هذا نصُّه في البويطي، وهو مصرح بوقف العتق والبيع والهبة.

ونص في المزني[١] على القولين في البيع والهبة ولم يذكر العتق، فخرج من هذا أن العتق لم يذكر الشافعي فيه إلَّا الوقف وإلحاق الأصحاب له بالبيع والهبة، وجعله على القولين لا يظهر لظهور الفارق، نعم نصُّه في «الأم» قد يؤخذ منه إجزاء القولين في إعتاق المفلس وليس بصريح، فإنه قال: «شراء الرجل وبيعه وعتقه وإقراره وقضاؤه بين غرمائه دون بعضٍ جائز كله عليه مفلسًا كان أو غير مفلس، وذا دين كان أو غير ذي دين في إجازة بيعه وعتقه، لا يرد من ذلك شيء ولا مما فضل منه، ولا إذا قام الغرماء عليه حتى يصيروه إلى القاضي، وينبغي إذا صيروه إلى القاضي أن يشهد على أنه قد أوقف ماله عنه، فإذا فعل لم يجز له حينئذ أن يبيع ماله، ولا يهب ولا يتلف، وما فعل من هذا، ففيه **قولان**؛ **أحدهما**: أنه موقوف، فإن قضى دينه وفضل له فضل أجاز ما فعل من ذلك الفضل؛ لأن وقفه ليس بوقف حجر إنما هو وقف كوقف مال المريض، فإذا صحَّ ذهب الوقف عنه.

والثاني: أن ما صنع من هذا باطل؛ لأنه قد مُنع ماله والحكم فيه»[٢]. انتهى.

وقوله: «ولا يتلف» قد يتعلق به في أنه شامل للعتق، فيجري فيه القولان، لكنه ليس بصريح، فإن الإتلاف قد يكون بالعتق أو بالصدقة أو

(١) مختصر المزني (٨/ ٢٠٢).
(٢) الأم (٣/ ٢١٤).

بغيرهما وبتقدير التسليم، فنسلم جريان الخلاف في الجميع، ولكن يكون مرتبًا ويكون التنفيذ في العتق أولى منه في البيع والهبة، وهذا لا يُمكن إنكاره، ثم يدعي أن الصحيح في العتق النفوذ، وفي البيع والهبة المنع، وإن كان المشهور بين الأصحاب التسوية.

وعذرنا في ذلك ما قدمناه من نصه هنا في الإبراء مع نصه في «البويطي»، فإنه يتمسك به لترجيح النفوذ في الجميع، وإن خرج البعض بدليل مع كونه لم يوجد له نص في الرهن يُعارضه، وهذا أولى من أن يخالف نصه الصريح هنا لغير معارض، وقد ظهر معناه وما نفرق به بين العتق وغيره، والأصحاب يقولون: إن الوقف في المفلس غير وقف العقود وأن الخلاف المذكور جارٍ مع قولنا: إن العقود لا توقف.

وإنا نقول في العتق زيادة على ذلك: إنه ليس وقفًا من كل وجه، بل هو الآن صحيح في حق المفلس والراهن، والموقوف منه صحته مطلقًا؛ للجهل بأنه هل يحتاج إليه في حق المرتهن والغرماء [٢/١٧٢] أم لا؟ فإذا تبين عدم الاحتياج إليه تبينت الصحة مطلقًا، وأما أصل الصحة في حق المعتق فناجزة معلومة، وقد اتفقوا هُنا على أن الإبراء لا ينفذ في الحال في حق المرتهن، ولم يخرجوه على عتق الراهن، والفرق ظاهر أشار إليه الشافعي؛ لأن العتق أقوى يسري ببعضه في الملك وإلى ملك الشريك، وسواء قلنا بأن الأرش يوصف قبل قبضه بأنه مرهون أم لا؛ لأنا وإن قلنا: لا يوصف بكونه مرهونًا لم نقطع حق المرتهن عنه بالكلية؛ لأنه يتعلق به عند قبضه قطعًا، فلا يفوت عليه.

فإن قلت: ما ذكرتموه في إبراء الراهن والمرتهن: هل هو في لفظ الإبراء أو فيه وفي لفظ العفو، وهل هو إذا وقع عن الأرش، أو سواء قال: عن

الأرش أو الجناية.

قلت: الذي فهمته من كلامهم أنه يعم ذلك كله، إلَّا إذا صححنا عفو الراهن عن الجناية مَجانًا، فإنه يزول فرض المسألة، ونحن هنا إنما نتكلم حيث يثبت المال، وحينئذ لا فرق، وذلك في الراهن ظاهر، وفي المرتهن إذا كان عن الأرش، أما إذا عفا عن الدم، فقد يقال: إنه لا حق له في ذلك، والمال إلى الآن لم يثبت فَلَم يتضمن عفوه إبطال الوثيقة، فينبغي ألا يجري الخلاف، ولكن الجرجاني أطلق العفو، والأقرب عمومه، وما ذكر من الخيال يندفع بأن إبراءه عن الدم، وإن لم يكن له فيه تعلق مستلزم لسقوط المال الذي تعلقه به، فقد تضمن إبطال الوثيقة كما تضمنه عفوه عن المال.



قال:

وإن أراد أن يصالح عن الأرش على حيوان أو غيره، من غير رضا المرتهن لم يجز؛ لأنه حق المرتهن يتعلق بالقيمة، فلا يجوز إسقاطه إلى بدل من غير رضاه، كما لو كان الرهن باقيًا، فأراد أن يبيعه من غير رضاه، فإن رضي المرتهن بالصلح، فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن وسلم إلى من كان الرهن عنده؛ ليكون رهنًا مكانه، فإن كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته، وإن كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه.



قال الشافعي في «الأم» في باب الجناية على العبد المرهون فيما فيه العقل: «وإن أراد الراهن مصالحة الجاني على عبده بشيء غير ما وجب له لم يكن له ذلك؛ لأن ما وجب له يقوم مقامه ومصالحته بغيره إبدال له كأنه وجب له دنانير، فأراد مصالحته بدراهم، إلَّا أن يرضى بذلك المرتهن، فإذا رضي به فما أخذ بسبب الجناية على رهنه فهو رهن له»[١]. انتهى.

وعلى هذا جرى الأصحاب فمنعوا المصالحة بغير إذن المرتهن، وجوزوها بإذنه.

قال الرافعي: «ولك أن تقول: قد مرَّ أنه إذا أذن في البيع والدين مؤجل، فباع يرتفع الرهن ولا يكون الثمن رهنًا، وأنه إذا أذن بشرط أن يكون الثمن رهنًا ففي كونه رهنًا قولان، وقياسه أن يكون المصالح عليه كذلك؛ لأن الصلح بيع»[٢]. انتهى.

(١) الأم (٣/ ١٨٧).

(٢) فتح العزيز (١٠/ ١٤٧).

يعني: فإذا أذن المرتهن في ذلك صح ولا يكون المصالح عليه رهنًا، وإن أذن بشرط أن يكون رهنًا فيجري فيه القولان.

قال ابن الرفعة: «ولعل الفرق أن متعلق الوثيقة فيما نحن فيه ببدل، فلم يكن فرق بين الأرش والمصالح عليه، بخلافه فيما سلف، فإن من منع بيعه وجعل ثمنه رهنًا، قال ذلك نقل وثيقة من عين إلى عين، وهو لا يجوز، وكيف لا، والمراوزة يقولون: إن الأرش لا يوصف بكونه مرهونًا قبل القبض، ومثل ذلك لا يقال فيما سلف»[1]. انتهى.

وهو فرق جيِّدٌ، وأيضًا فإن الصلح هنا ليس كالبيع من كل وجه، بل كأنَّ المصالح عليه بدل عن الجناية نفسها، ثم الإشكال إنما يتوجه إذا كان الصلح بعد وجوب الأرش، إما في الخطأ وإما في العمد بعد العفو أو حيث لا يجب القصاص، إما إذا صالح عن الدم، فبدل المصالح عليه ليس مستحقًّا للمرتهن، فلا يتوجَّه منعه [٢/١٧٧ب] فيه.

نعم، إذا صالح عنه على ما دون الأرش ينبغي أن يتخرج على أنه إذا عفا مجانًا هل يصح ويسقط المال أم لا؟

فإن قلنا: يصح، صحت المصالحة عن الدم بالقليل والكثير، رضي المرتهن أو لم يرض.

وإن قلنا: لا يصح، وأن المال يثبت لم تصح المصالحة على ما دون قدر الأرش ويصح بقدره من جنس الأرش، وفي جوازه بقدره من جنس آخر لا سيما إذا كان عرضًا، فإن النقد يحتمل العدول إليه، أما العدول عن جنس الدية إلى عرض آخر فقد لا يحتمل هذا كله إذا كان الواجب الدم، ولم

---

(١) نقله عنه أيضًا شيخ الإسلام زكريا عن كتاب المطلب العالي لابن الرفعة، في أسنى المطالب (٢/ ١٦٤) والغرر البهية (٣/ ٩٠).

يتكلم المصنف فيه ولا الأصحاب، وإنما تكلموا في المصالحة عن الأرش، أي: الذي قد وجب واستقر، وحينئذ لا يصح بغير إذن المرتهن مطلقًا ويصح بإذنه مطلقًا، ويكون رهنًا، كما صرَّح به الشافعي(١) والأصحاب، وفيه إشكال الرافعي(٢) على الصحة وعلى كونه رهنًا.

فإن قلت: كلام الشافعي ليس فيه عن الأرش.

قلت: بلى؛ لأنه قال: غير ما وجب له، فدلَّ على أن هناك شيئًا وجب له يصالح عنه بغيره.

فإن قلت: قد يكون الذي وجب له الدم.

قلت: لا يجوز ذلك؛ لأنه في باب الجناية فيما فيه العقل، وأما الذي فيه القصاص، ففي باب قبله.

وقول المصنف: «وسلم إلى من كان الرهن عنده»، ليس فيه تصريح بأنه قبل قبض الراهن أو بعده، وقد قدَّمنا عن الماوردي وغيره أنه لا يقبضه الراهن، بل من كان الرهن عنده، فيبقى كلام المصنف على إطلاقه.

وقوله: «ليكون رهنًا مكانه». قد يقال: فيه دليل على أنه ليس رهنًا وهو في الذمة وليس كذلك، وإنما أراد المصنف ذلك المعين المصالح عليه ولا شكَّ أنه لا يكون رهنًا إلَّا بالتعيين، وقبل ذلك لم يكن ذلك المعيَّن رهنًا بل المسترسل في الذمة، وبقية كلامه ظاهر، وقد تقدَّم بعضه من كلام الشافعي.



(١) الأم (٣/ ١٨٨).

(٢) فتح العزيز (١٠/ ١٤٧).

قال:

وإن كان المرهون جاريةً فجنى عليها، فأسقطت جنينًا ميتًا؛ وجب عليه عشر قيمة الأم، ويكون خارجًا عن الرهن؛ لأنه بدل عن الولد، والولد خارج الرهن، فكان بدله خارجًا منه، وإن كان بهيمة فألقت جنينًا ميتًا، وجب عليه ما نقص من قيمة الأم ويكون رهنًا؛ لأنه بدل جزء من المرهون، وإن ألقته حيًّا ثم مات، ففيه قولان؛ أحدهما: تجب [عليه][1] قيمة الولد حيًّا؛ لأنه يمكن تقويمه، ويكون للراهن، فإن عفا عنه؛ صح عفوه.

والثاني: يجب عليه أكثر الأمرين من قيمته حيًّا، وما نقص من قيمة الأم، فإن كان قيمته حيًّا أكثر، وجب ذلك للراهن، وصح عفوه عنه، وإن كان ما نقص من قيمة الأم أكثر كان رهنًا.



قال الشافعي في باب الجناية على المرهون فيما فيه العقل: «والجناية على الأمة المرهونة كالجناية على العبد المرهون، لا تختلف في شيء إلَّا في الجناية عليها بما يقع على غيرها، فإن ذلك في الأمة وليس في العبد بحال، وذلك مثل أن يضرب بطنها فتلقي جنينًا، فيؤخذ أرش الجنين، فيكون لمالكه، ولا يكون مرهونًا معها، وإن نقصها نقصًا له قيمة بلا جرح له أرش يبقى أثره؛ لم يكن على الجاني سوى أرش الجنين؛ لأن الجنين المحكوم فيه، وإن جنى على الأمة جناية لها جرح له عقل معلوم، أو فيه حكومة، وألقت جنينًا؛ أخذ من الجاني أرش الجرح أو حكومته، فكان

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

رهنًا مع الجارية؛ لأن حكمه بها دون الجنين وعقل الجنين، وكان عقل الجنين لمالكها الراهن؛ لأنه غير داخل في الرهن.

والجناية على كل رهن من الدواب؛ كَهِيَ على كل رهن من الرقيق لا يختلف في شيء إلَّا أن في الدوابِّ ما نقصها، وجراح الرقيق في أثمانهم كجراح الأحرار في دياتهم، وفي خصلة واحدة؛ أن ما جنى على أنثى من البهائم فألقت جنينًا ميتًا، فإنما يضمن الجاني عليها ما نقصتها الجناية عن قيمتها حين سقط؛ لأنه جانٍ عليه، ولا يضمن إن كان إلقاؤه نقص أمه شيئًا أكثر من قيمة الجنين، فيكون مرهونًا معها، وإن جنى عليها فألقت جنينًا حيًّا ثم مات مكانه ففيها **قولان؛ أحدهما**: أن عليه قيمة الجنين تقوَّم يوم جُني عليها وحين ألقت الجنين فنقصت ثم يُغرَّم الجاني ما نقصها إلَّا أن يكون جرحًا يلزم عيبه، فيضمنه مع قيمة الجنين، كما قيل في الأمة لا يختلفان.

[٢/١٧٣]

والثاني: أن عليه الأكثر من قيمة الجنين وما نقص أمه، ويخالف ⇑ بينها وبين الأَمَة يُجنى عليها؛ فيختلفان في أنه لا قود بين البهائم بحالٍ على جانٍ عليها، وللآدميين قود على بعض من يجني عليهم.

وكل جناية على رهن غير آدمي ولا حيوان، لا يختلف سواء فيما جنى على الرهن ما نقصه لا يختلف، ويكون رهنًا مع ما بقي من المجني عليه، إلَّا أن يشاء الراهن أن يجعله قصاصًا»[(١)]. انتهى. وأصح القولين هو الأول، وهو أن الواجب قيمة الجنين حيًّا والقيمة للراهن، ولا فرق في هذا بين الجارية والبهيمة، وأما الجنين الميت، فيفترق الحال فيه بين الجارية والبهيمة، في الجارية يجب فيه عشر قيمة الأم ولا يكون رهنًا، وفي البهيمة أرش النقص ويكون رهنًا، وقد ذكرنا هذا عند كلام المصنف فيما يحدث

---

(١) الأم (٣/ ١٨٧، ١٨٨).

من عين الرهن أول هذا الباب، وقلنا هناك: إن القول بأن بدل الجنين لا يكون مرهونًا ظاهر فيما إذا كان الحمل حادثًا أو مقارنًا، وقلنا لا يدخل إما على طريقة الرافعي في القول بدخوله، فيجب أن يكون رهنًا.

فالمسألة في كلام الرافعي يجب تقييدها، وقد أطلقها، وأما في كلام المصنف، فلا يجب تقييدها؛ لأنه قد تَقَوَّل بعدم دخول الحمل في الرهن، كما حكى عن الجديد، ويؤيده إطلاق الشافعي هنا، وما ذكرناه هناك في الجارية من أنه إذا دخلها نقص لم يجب بسببه شيء آخر، ومن قول الرافعي أن قدر الأرش من العشر مرهون، ووجوب أرش النقص إذا انفصل حيًّا مما يجب تحقيقه، فإنه موضع مشكل، وقد بسط ابن الرفعة القول فيه في «الكفاية» و«المطلب»، وأنا أذكر ما قاله في ضمن فائدة.

قال في «الكفاية»: «فإن دخلها نقص لم يجب بسببه شيء آخر، ولكن قدر أرش النقصان من العشر يكون مرهونًا، قاله الرافعي، وكلام صاحب «الاستقصاء»، والقاضي أبي الطيب يُفهم أنه لا يكون شيء منه مرهونًا في هذه الحالة أيضًا.

وقد حكاه الإمام عن العراقيين صريحًا، قبيل باب الرهن والحميل فيما إذا نقصت نقصانًا عائدًا إلى صفتها زائدًا على مزايلة الولد، وإنهم وجَّهوا ذلك بأن الولد ليس مرهونًا، ونقصانها يندرج تحت بدل الجنين، ويصير نقصانها بمثابة نقصان بآفة سماوية.

ثم قال: وهذا حسن لطيف، ولو ألقته حيًّا ومات، فالأصح قيمة الجنين حيًّا، وأرش نقص الأم إن نقصت، ويتعلق حق المرتهن بالأرش.

والثاني: أكثر الأمرين من أرش النقص وقيمة الجنين، فعلى هذا إن كان الأكثر قيمة الجنين، فقدر الأرش من المأخوذ حق المرتهن متعلق به، وإن

كان الأكثر الأرش، كان حق المرتهن متعلقًا بجميعه، حتى لو عفا الراهن عن الأرش لا يصح، وفيه قول إن العفو موقوف، كذا حكى الرافعي، وفي «الاستقصاء»، وتعليق القاضي أبي الطيب حكاية القولين في الأصل على غير هذا الوجه:

أحدهما: أن الواجب قيمة الولد، ولا يجب أرش النقص؛ لأنه يدخل فيه ولا يتعلق حق المرتهن بذلك.

والثاني: يجب أكثر الأمرين من قيمة الولد حيًّا، وما نقص من قيمة الأم، فإن كانت قيمته حيًّا أكثر؛ وجبت للراهن ولا يتعلق بها حق المرتهن ويصحُّ عفوُه عنه، وإن كان ما نقص أكثر كان رهنًا.

قال الإمام: «والوجه أن يتخرج ذلك على أن الحمل الموجود يوم الرهن هل يدخل تحت الرهن؟

إن قلنا: يدخل فيجب أن يكون المأخوذ من الجاني رهنًا كيف كان.

وإن قلنا: لا يدخل فإن أوجبنا قيمة الجنين لم يكن رهنًا، وإن أوجبنا نقصان الولادة، فالمسألة محتملة.

والأصح عندي: أنه لا يكون رهنًا»(١)، وقد ظهر لك من مجموع ما حكيناه أن في المسألة خارجًا عما أبداه الإمام من عند نفسه أربعة أقوال، لكن في حال تظهر لك من بعد.

فإن قال قائل: ليس في المسالة إلَّا قولان وما ذكرته من الاختلاف محمول على حالين يرشد إليهما كلام الإمام، فإنه حكى عن العراقيين القولين ⇑ [٢/١٧٣ب] اللذين حكيناهما عن رواية أبي الطيب.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٢٠).

ثم قال[١]: «والذي يجب الاعتناء به، فهم صورة المسألة، فإذا كانت وهي ماخض تساوي مائة وإذا ولدت صارت تساوي تسعين، ولم يظهر فيها نقص إلَّا أن الولد زايلها، فنقصت لذلك لا لعيبٍ أحدثته الولادة، ثم انفصل الولد حيًّا وعليه أثر الجناية فمات»[٢]، فالذي حكاه أبو الطيب وغيره محمول على هذه الصورة، والذي حكاه الرافعي محمول على ما إذا نقصت نقصانًا زائدًا على مزايلة الولد.

قلت: كلام الإمام في الفرع قبله حكاية عن العراقيين يأبى تصوير العراقيين هذه المسألة بما ذكره، بل يقتضي التصوير بما حملت عليه كلام الرافعي، فإنه حكى عنهم أن نقصانها الزائد عن مزايلة الولد، يندرج تحت بدل الجنين، ويصير نقصانها بمثابة نقصانٍ بآفةٍ سماوية، وإذا كان هذا مذهبهم انتظم لك، فيما إذا كان النقصان زائدًا على مزايلة الولد الأقوال الأربعة، والله أعلم.

ثم من مقتضى ما ذكره الإمام أن يجب في هذه الصورة على الجاني قيمة الولد ونقصان الولادة؛ لأنه علل عدم الجمع بين الأرش وما نقص، فيما حمل عليه صورة مسألة القولين بأنه يؤدي إلى تضعيف الغرامة، وها هنا لا تضعيف، بل المقابل متعدد، وهو الذي حكاه الرافعي قولًا أولًا، وحكم الحيوان إذا ضُرب فألقى الجنين حيًّا، ثم مات، حكم الأمة فيما ذكرناه، صرَّح بذلك الإمام، ولم يعرض الخلاف المذكور إلَّا فيه»[٣]. هذا ما قاله ابن الرفعة في «الكفاية».

---

(١) أي: الإمام.

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢١٩-٢٢٠).

(٣) كفاية النبيه (٩/ ٤٥٣-٤٥٥).

وقال في «المطلب»: «تنبيه: كما يتعلق حق المجني عليه -كذا في النسخة بخطه، وصوابه: حق المرتهن - ببدل العين يتعلق ببدل بعضها إذا فاتت بالجناية حتى أرش البكارة إذا زالت بالجناية والافتضاض، وقلنا: يجب مفردًا عن المهر.

أما إذا قلنا: يجب مهر بكرٍ لا غير، فيشبه أن يكون فيه خلاف يُتلقى مما إذا طاوعت على الزنا، وقلنا: لا يجب للمطاوعة مهر، وقلنا في وطء الشبهة: يجب مهر بكرٍ، فهل يسقط أرش البكارة والحالة هذه أم لا؟

فإن قلنا: لا يسقط كان ما قابل الأرش من المهر مرهونًا وإلَّا فلا، والذي أطلقه الرافعي أنه يتعلق الرهن به والمأخوذ في مقابلة نقصان الولادة عند انفصال الولد حيًّا وبقاء حياته، يكون أيضًا مرهونًا.

نعم، لو جنى على حيوان حامل، فأجهض ولدًا ميتًا، فالواجب ما نقص من قيمة الأم، وقد أطلق القاضي حسين، والبندنيجي، وطائفة، القول بأن ذلك يكون مرهونًا، وعليه نص في «الأم»، وقال هؤلاء: لو كان الحيوان آدميًّا فالواجب عشر قيمة الأم بدلًا عن الجنين، ودخل فيه أرش نقصان الولادة، وقضية ذلك أن يفوز به الراهن، بل كلام بعضهم مصرح به، وفي الرافعي: أن ما قابل أرش النقصان من ذلك يكون مرهونًا.

قلت: والأشبه التفصيل، فيقال: إن كان سبب نقص الأم بالولادة مزايلة الجنين لها فقط لا تأثير لذلك في بدنها، ولم يكن الجنين داخلًا في الرهن، فالأمر كما قاله غير الرافعي، وإن كان سبب نقص الأم تأثير الولادة في بدنها، أو الضرب نفسه، فلا وجه إلَّا ما قاله الرافعي وذلك أخذته من كلام نقله الإمام عن صاحب «التقريب» فيما لو ألقى الحيوان البهيم الولد حيًّا بالضرب ثم مات بعد الانفصال بسبب الجناية، ففي ما يجب على الجاني

قولان منصوصان في «الأم» كما رأيتهما فيه:

أحدهما: قيمة الولد.

والثاني: أكثر الأمرين من ⇑ [٢/١٧٤] قيمة الولد، وما نقص من قيمة الأم.

قال البندنيجي، والقاضي حسين، وغيرهما: **فإن قلنا:** الواجب قيمة الولد لم تكن مرهونة، وكذا إن كانت قيمة الولد أكثر الأمرين، وإن كان أكثر الأمرين ما نقص من قيمة الأم كان مرهونًا.

وقال الرافعي: إنا إذا أوجبنا قيمة الولد كان ما قابل نقصان الولادة مرهونًا، والقاضي حسين حكى القولين فيما إذا كانت الجناية على الجارية المرهونة فوضعت الولد حيًّا، ثم قال: والقياس في هذه أن تضمن قيمة الولد مع نقص الأم، وهذا ما حكاه الرافعي بدلًا عن القول الأول، وبه يتم في الظاهر في المسألة ثلاثة أقوال، وقد يقال عند التحقيق: ليس في المسألة إلَّا قولان، وأنه لا اختلاف بين ما نقلناه عن الرافعي وغيره، بل يجب فيه التفصيل؛ أخذًا مما قاله الإمام فيما إذا ضرب البهيمة، فألقت جنينًا حيًّا، ثم مات بسبب الجناية.

فإنه لما حكى القولين فيما يضمنه الجاني قال: إن صاحب «التقريب» قال ما بسطه الإمام بكلامه، ومحلهما إذا كانت قيمة الأم حاملًا مائة، وقيمتها بعد الوضع سبعون بسبب مزايلة الولد لها، لا بسبب نقص أثرٍ في بدنها، فإن الفائت حينئذٍ في مقابلة الجنين، فهل تعتبر قيمته ويُعرض عن الأم أو يوجب أكثر الأمرين من قيمة الولد، وما نقص من قيمة الأم؟ تردد قول الشافعي فيه، قال: إذا عُرف ذلك، وكان الحيوان مرهونًا، قال العراقيون: **فإن قلنا:** الواجب قيمة الولد لم تكن مرهونة، وكذا إن كانت قيمة الولد أكثر على القول الآخر، وإن كانت أقل كان المأخوذ مرهونًا.

قال الإمام: وهذا فيه نظر، والوجه أن يقال: إن كان الحمل موجودًا حين الرهن **وقلنا**: يدخل كان المأخوذ كيف فرض الحال مرهونًا، **وإن قلنا**: لا يدخل وأوجبنا قيمة الولد لم تكن مرهونة، وإن أوجبنا ما نقص فالمسألة محتملة، فإن ذلك النقصان لم يكن إلَّا لمزايلة الولد ولم تتغير صفتها، ويجوز أن يُتخيل ما ذكروه؛ لأنَّا على هذا نجعل الحمل كالوصف، والأصحُّ عندي: الاحتمال الأول.

قلت: وهذا التقييد في صاحب «التقريب» يفهم أنه لو كان نقصان الأم بسبب تأثير في بدنها لا يكون الحكم كذلك، بل يجب مع قيمة الولد أرش نقصان الولادة لأجل نقص البدن، ويكون ما قابل ذلك مرهونًا كما قال الرافعي، لكن الإمام قال بعد ذلك بقليل في هذه الحالة، قال: إن نقصان الولادة يندرج تحت بدل الجنين إذا وضعته ميتًا، ولا يكون للمرتهن بسبب نقصان الجارية تعلقًا تنزيلًا له منزلة النقصان بآفةٍ سماوية، قال: وهو حسن منقاس، وعلى هذا ينتظم في مسألة الجارية أقوال ثلاثة كما قلنا: إنها تتم في الظاهر، والله أعلم بالصواب».

ما ذكره ابن الرفعة في كتابيه نقلناه بنصِّه، وإن تكرر بعضه، فإنه اشتمل على كلام الناس، والموضع مشكل يجب استيعاب كلامهم فيه.

ثم نقول وبالله التوفيق: إن الجارية إذا ألقت جنينها ميتًا، وحصل نقص بالولادة، فذلك النقص يدخل في عشر قيمتها الواجب عن الولد، سواء أكان النقص بسبب مزايلة الولد أم بتأثير في البدل ⇑ [٢/١٧٤ب] كما اقتضاه إطلاق نص الشافعي[1] الذي حكيناه.

فإنه اقتضى أن النقص إن كان بجرح يضمن، وإن كان بإلقاء الولد لا

---

(١) الأم (٣/ ١٨٧).

يُضمن، ولم يُفصّل بين أن يكون بتأثير في البدن أو بغيره، وهذا هو الذي صححه الإمام[١]، وقاله الرافعي[٢]، وتضمنه كلام أبي الطيب؛ ولذلك سكت عنه المصنف واقتصر على إيجاب عُشر قيمة الأم في جنين الجارية إذا ألقته ميتًا، وعلى قيمة الولد المُلقى حيًّا على القول الأول وهو الصحيح، وأمَّا كون قدر أرش النقص منه يكون مرهونًا أو لا؟ بل يكون كله خارجًا؛ لأنه بدل الولد، فالذي قاله الرافعي الأول.

وكلام المصنف، والقاضي أبي الطيب صريح في الثاني: وهو أنه يكون خارجًا عن الرهن، وإطلاق كلام الشافعي يقتضيه أيضًا، والتفصيل هنا بين أن يكون النقص بسبب مزايلة الولد أو لا؟ لا وجه له بعد تسليم أنه لا تجب زيادة على قيمة الولد، وإنما يتجه ذلك في الأصل، وأن يقال: إن كان بسبب مزايلة الولد، فلا تجب زيادة، ولا يكون المأخوذ مرهونًا، وإن كان بسبب تأثير في البدن، فتجب زيادة، وتكون تلك الزيادة مرهونة، وأما القول بأنه لا تجب زيادة، ويكون بعض المأخوذ مرهونًا مطلقًا، فله وجه أيضًا، وإن كان القول بأنه لا يكون شيء منه مرهونًا أوجه؛ لأنَّا إنما أخذناه عن الولد لا عن النقص، كما دلَّ عليه كلام الشافعي، والنقص كالحاصل بآفةٍ سماوية؛ ولهذا لم يضمنه؛ فلذلك لا يكون مرهونًا.

وأما القول بأنه إن كان بتأثير في البدن لا تجب زيادة، ويكون بعض المأخوذ مرهونًا، وإن كان بسبب مزايلة الولد لا تجب زيادة، ولا يكون شيء من المأخوذ مرهونًا، فلا يظهر له وجه.

والبهيمة إذا ألقته ميتًا، إنما يجب ما نقص، فإن لم يحصل نقص لم

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٨٦).

(٢) فتح العزيز (١٠/ ١٥٠).

يجب شيء، وإن حصل وجب وكان مرهونًا بلا إشكال، والجارية أو البهيمة من فرض منهما إذا ألقته حيًّا، ثم مات من حينه؟ **ففيه القولان؛ أصحهما:** قيمة الولد.

والثاني: أكثر الأمرين.

فإن أوجبنا قيمة الولد، لم يضمن النقص الحاصل بالولادة سواء أكان بسبب مزايلة الولد أم بتأثير في البدن، كما دلَّ عليه إطلاق الشافعي؛ ولهذا لم يذكر المصنف زيادة على القيمة على هذا القول، وقول الرافعي هنا على هذا القول «أنه يجب أرش نقص الأم إن نقصت»[1].

قال القاضي حسين: «إنه القياس»، ولكن أنت قد عرفت أنه خلاف إطلاق الشافعي والأصحاب، وليس هو القياس؛ لأنَّا إنما أوجبنا قيمة الولد بدلًا عنه بجناية الجاني عليه المحصلة لذلك النقص؛ لأن الفرض أن النقص حصل من الولادة لا من غيرها، ونقص الولادة مضمون بقيمة الولد، فيدخل النقص فيه كما إذا ألقته ميتًا.

فإذا قلنا: يجب أرش النقص - كما قاله الرافعي - فهو مرهون.

وإن قلنا: لا يجب، فقياس قوله أن يكون مقدار النقص من القيمة مرهونًا، وقياس قول غيره ألَّا يكون مرهونًا.

وإن قلنا: لا يجب، وإنما تجب القيمة، فلا إشكال في أنها ليست بمرهونة، إلَّا أن يكون الحمل موجودًا وقت الرهن، ونفرع على أنه يندرج في الرهن.

وإذا قلنا: يجب أكثر الأمرين، فإن كان الأكثر هو أرش النقص كان

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ١٥٠).

رهنًا، وإن كان الأكثر هو قيمة الولد حيًّا لم يكن رهنًا عند العراقيين، وهو موافق [٢/١٧٥] لقولهم وقول الشافعي فيما إذا ألقته ميتًا؛ أنه لا يتعلق الرهن بشيء منه.

وقال الرافعي: «يتعلق حق المرتهن بقدر الأرش من المأخوذ»[١]، وهو موافق لقوله في تلك الصورة؛ بأن قدر الأرش من العشر مرهون، والذي قاله العراقيون أصحُّ، ثم ما أطلقه العراقيون والرافعي مستمر في الحمل الحادث بعد الرهن، وكذا في الموجود إذا قلنا: لا يدخل.

فإن قلنا: يدخل، فالمأخوذ عن القيمة كله رهن؛ كما قاله الإمام، وهذا استدراك على الرافعي؛ لأنه يرى دخول الحمل الموجود في الرهن.

أما على العراقيين فلا؛ لأن كثيرًا منهم أو كلهم، يقولون: الجديد أنه لا يدخل في الرهن، ولو أن الجارية أو البهيمة لما ألقت الجنين حيًّا وعاش بعد ذلك ولم يمت من تلك الجناية، وحصل لها نقص من الولادة، فإنه مضمون ويكون مرهونًا، وهذا يؤخذ من قول الشافعي: «ثم مات مكانه»[٢] فإن مفهومه أنه إذا تأخر ثم مات بسبب آخر؛ لا يحرر فيها القولان وهو صحيح؛ لأنه إن لم يحصل نقص فلا أثر للجناية، وإن حصل نقص فهو مستقل في حكم الأم، كما لو حصل من غير ولادة ولا محل للاندراج هاهنا؛ لأن الولد غير مضمون، فإنه عاش وانقطع أثر الجناية عليه.

وملخص ما قلناه على طوله: أن الجارية أو البهيمة إذا جُني عليها، فألقت حيًّا وعاش، فإن حصل نقص ضمن وكان رهنًا، وإلَّا فلا، وإن ألقته حيًّا ومات من أثر الجناية **فقولان؛ أصحهما**: تجب قيمة الولد ويفوز بها الراهن

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ١٥٠). بتصريف يسير.
(٢) الأم (٣/ ١٨٧).

ولا يجب شيء آخر.

وإن ألقته ميتًا، ففي الجارية يجب عُشر قيمة الأم، ولا يجب أرش النقص ولا يتعلق المرتهن بشيء من المأخوذ في الأصح.

وفي البهيمة يجب أرش النقص ويكون مرهونًا، والرافعي[1] يقول: يجب مع قيمة الولد الحي أرش النقص، وإن قدر الأرش من العشر المأخوذ مرهون، وإنما قال الرافعي بوجوب الأرش مع قيمة الحي، ولم يقل بوجوبه مع عُشر قيمة الأم في الميت؛ لاعتقاده التعدد حال انفصاله حيًّا، فإن أرش النقص يجب حينئذ، ثم تجب قيمة الولد حتى موته.

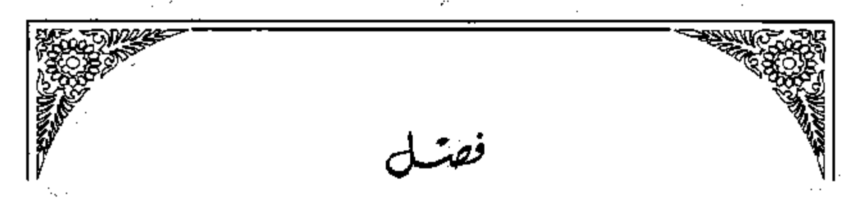
وفي الميت هو شيء واحد غرَّمنا به عُشر قيمة الأم، فلو غرَّمنا به أرش النقص لزم التغريم مرتين، لكنَّا نقول: الولد غير النقص في الموضعين، فإما أن ننظر إلى تغايرهما، فيوجب الأرش مطلقًا، وإما أن ينظر إلى أثر الجناية المتولد عنها ولا يوجب به إلَّا شيئًا واحدًا، فلا يوجبه مطلقًا، وهو الذي دلَّ عليه كلام الشافعي؛ لأن النقصان كان سببه انفصال الولد الذي تعلَّق به ضمانه، ويتعذر تمييز واحد منهما عن الآخر.



---

(١) فتح العزيز (١٠/ ١٥٠).

قال:



فصل

[في عدم معرفة الجاني على العبد المرهون]

وإن جُني على العبد المرهون ولم يعرف الجاني، فأقر رجلٌ أنه هو الجاني، فإن صدَّقه الراهن دون المرتهن، كان الأرش له، ولا حق للمرتهن فيه، وإن صدقه المرتهن دون الراهن، كان الأرش رهنًا عنده، فإن لم يقضه الراهن الدين استوفى المرتهن حقه من الأرش، فإن قضاه الدين أو أبرأه منه المرتهن ردَّ الأرش إلى المقرِّ. [٢/١٧٥ب]



الشرح

كونه يردُّ الأرش إلى المقرِّ إذا حصل القضاء من غيره أو الإبراء هو الصحيح، وحكى الروياني[١] والرافعي[٢] وجهًا: «أنه يجعل في بيت المال؛ لأنه مال ضائع لا يدَّعيه أحد؛ إذ المرتهن انقطعت علقته والراهن ينكر استحقاقه، والمقرُّ معترف بأن أداءه كان واجبًا عليه».

قال ابن الرفعة: والمسألة قريبة الشبه مما إذا قلنا: غرماء المفلس أو الميت يحلفون عند النكول ونحوه، فإذا حلفوا وحصلت البراءة من الدين، فالمحلوف عليه يكون لهم، وبلغوا الإبراء أو للمفلس أو يبقى على المدعى

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٧٦).

(٢) فتح العزيز (١٠/ ١٨٢).

عليه ولا يستوفى، فيه ثلاثة أوجه، صرح بها ابن كج.

والثالث: هو المذكور في «زوائد» العمراني في كتاب الشهادات في غرماء الميت ونظيره، فيما نحن فيه رد الأرش إلى الجاني؛ وقد يفرق بأنه ثَم لم يعترف بالدين.

وقياس الوجه الثاني: ثم أن يقال بمثله هنا بجامع ثبوت الملك له ضمنًا، وقد يُفرق بأنه ثم يدعي الاستحقاق، والوجه الأول لا يمكن أن يقال به هنا؛ لحصول براءة الراهن بالقبض، ولو كانت حصلت بالإبراء من الدين لم يأت؛ لأنه لم يثبت بيمينه شيئًا حتى يحصر حقَّه فيه، وأورد ابن الرفعة فيما إذا صدَّقه الراهن أن في ضمن تصديقه تعلق المرتهن بالأرش، فهلَّا نزل إنكار المرتهن منزلة من أُقرَّ له بحق فنفاه هل يُنتفى عنه؟ خلافٌ.

وأجاب: أن ذلك في الأعيان لا في الحقوق؛ إذ هي متعرضة للسقوط، فلذلك لم يجبر عليها.

نعم، إذا عاد وصدَّق لا يبعد أن يكون في عود التعلق الخلاف المشهور، فيما إذا عاد المكذِّب للمقر وصدقه.

قال: **فإن قلت**: الفارق أنَّا نجعل المرتهن بإنكاره مسقطًا لحقِّه من الوثيقة فيه على رأي؛ كما إذا أبرأ من الأرش؛ لأن ذلك لازم قوله.

قلت: فيه بعدٌ؛ لأن الإبراء يتخيل فيه الإسقاط بخلاف الإنكار، هذا إذا صدَّقه أحدهما فقط، فإن صدَّقاه أو كذَّباه، لم يخف الحكم، ولا يخفى أن الواجب حال إقراره لا تحمله العاقلة، وهذه المسألة مذكورة في كتب المراوزة، والرافعي في باب الاختلاف، والمصنف ذكرها هنا؛ لأن المتراهنين قد يتفقان على تصديق المقر أو تكذيبه، واختلافهما ليس بمقصود ولا يوجب تداعيًا بينهما في بعض الصور، فذكر هاهنا في

أحكام الجناية.

وقد بقي مما نرى ذكره هنا من أحكام الجناية فروع:

أحدها: أنه لا فرق في الجناية، وكون المرتهن يتعلق ببدلها، بين أن تذهب قيمة المرهون أو ينقصها، أما إذا أذهبت جزءًا ولم تنقص القيمة كما إذا قطع ذكر العبد، ففي «الحاوي»: «أن القيمة الواجبة بهذه الجناية تختص بالراهن ولا يتعلق بها حق المرتهن، كالنماء»[(١)].

الثاني: لا خلاف أن المرتهن يتعلق بأرش الجناية، ولكن ما دام في ذمة الجاني هل يوصف بكونه رهنًا؟

فيه خلاف حكاه الإمام عن المراوزة والعراقيين، فقال: «أطلق المراوزة القول بأن أرش الجناية لا يتصف بكونه مرهونًا، فإنه دين، والدَّين لا يكون مرهونًا، وألحقوا مصير العين المرهونة بسبب الإتلاف دينًا في ذمة المتلف بانقلاب العصير خمرًا، وقالوا: إذا قبض الأرش كان التفصيل فيه كتفصيل الخمر إذا انقلب خلًّا، يعني: فإن [١٢/١٧٦] ⇑ كان ذلك بعد القبض عاد الرهن، وإن كان قبله ففي عود الرهن خلاف، وذكر العراقيون عن بعض الأصحاب أن الدين، وإن كان لا يجوز تقديره مرهونًا ابتداء، فإذا استقرَّ الرهن على عين وجنى عليها جانٍ، فالدين اللازم بسبب الجناية على عين مرهونة مرهون وليس كالخمر، فإن الدين مملوك والخمر ليست مالًا»[(٢)]. انتهى.

قال ابن الرفعة: وللخلاف التفات على أن الدين هل هو مال أم لا؟ وفيه خلاف، والأشبه أن يقال: إن كان ذلك قبل القبض لم يوصف بالرهنية إلَّا عند القبض إذا قلنا: لا يبطل الرهن، وإلَّا وُصف، والفرق أن قبض الدين

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٦٠).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢١٦). بتصريف يسير.

هو المانع من صحة رهن الدين.

قلت: والصحيح ما قاله العراقيون، ولذلك لا يجوز للراهن الإبراء منه وتسميته مالًا أو لا، خلاف لفظي لا يضر في التعلق به، وقبل القبض إذا جنى على المرهون تقدم عن الإمام؛ أن في بطلان الرهن به خلافًا، وهو غير بعيد والقواعد تقتضيه.

فعلى ذلك إن قلنا: ببقاء الرهن وهو الراجح، فالوجه أنه يوصف بالرهنية أيضًا، ويكون جائزًا كما كان الرهن في العين جائزًا، وكون قبض الدين هو المانع من صحة رهن الدين مختلف فيه، كما تقدم عند الكلام في رهن الدين، وبتقدير تسليمه، فهو مشترك بين ما قبل القبض وبعده، فلا يظهر الفرق به.

وقد تقدم في رهن الدين ابتداء خلاف، فإن جوَّزناه فلا إشكال هنا في وصفه بالرهن، وإن منعناه وهو الصحيح المنصوص، فالعذر ها هنا أنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، وسبب ذلك هنا أن بدلِ المتلف أقيم شرعًا مقامه، فوجب أن تجري عليه أحكامه.

الثالث: سواء أوصفناه بكونه مرهونًا أم لا، فالقابض له مَن كان الرهن في يده، كما تقدم عن الماوردي، وكذلك يدل عليه كلام غيره، وقد قدمنا من كلام الشافعي ما يقتضيه أيضًا، وما يمكن معارضته به وجمعنا بينهما؛ بأنه إذا ثبت الأرش لم يقبضه غير من كان الرهن في يده، وإذا لم يثبت بأن كانت الجناية موجبة للقصاص ولم يعف عنها، فبدر من عليه الدم بإعطاء البدل عنها للراهن، فأخذه على وجه المصالحة صحَّ ووقع الموقع وتعيَّن بقبضه للأرش، وتعلق حق المرتهن به، فحينئذ يجب ردُّه إلى مَنْ كان الرهن في يده.

الرابع: هل يحتاج بعد قبضه إلى إنشاء رهن فيه؟

ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يحتاج، وهو الصواب، وحكى الرافعي[١] في كتاب الوقف وجهين في أن العبد المشترى بقيمة العبد الموقوف المقتول، هل يصير وقفًا بالشراء أم لابد من وقف جديد؟ وقال: إنهما جاريان في بدل المرهون إذا تلف، وبالثاني قطع المتولي.

وقال النووي: «الأصح أنه لابد من إنشاء الوقف فيه، ووافق المتولي آخرون»[٢]. انتهى.

وقد يتوهم من هذا أن الأصح هُنا أنه لا بد من إنشاء رهن، وليس بصحيح، والفرق أن هذا قبل إنشاء الرهن جميع أحكام الرهن ثابتة له، فلا فائدة في الرهن، وهناك قبل [٢/١٧٦ب] الوقف لم يصر وقفًا وإنما استحق لهذه الجهة، وقد يرى الناظر مصلحة في ردِّ ذلك العبد، والوقف في غيره بخلاف ما نحن فيه، وقد تقدَّم بعض ذلك.

الخامس: جناية الراهن على المرهون كجناية الأجنبي، يؤخذ منه أرشها فتوضع رهنًا، ولو جنى عليه عبده الذي ليس بمرهون بيع في الأرش إلَّا أن يفديه، وجناية المرتهن كجناية الأجنبي، وكذلك جناية أبي المرتهن وابنه، ومن كان منه بسبيل، نصَّ عليه في «الأم»، «ولو رهن نصف عبد ثم جنى عليه الراهن، ضمن نصف الأرش، ولو جنى عليه أجنبي فنصفها رهن ونصفها يسلم للسيد، ولو عفا السيد كان عفوه في النصف جائزًا، وعفوه في النصف الذي للمرتهن فيه حقٌّ مردود»[٣]. قاله في «الأم».

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ٢٠٧).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٣٥٤).

(٣) الأم (٣/ ١٨٩). باختصار.

السادس: قال الشافعي في «الأم»[١] وفي «البويطي»[٢]: «إذا جنى العبد على عبد مرهون، فقال سيد الجاني: أنا أسلم رقبته لجنايته، واختلف الراهن والمرتهن في أخذ رقبة العبد بالجناية، لم يكن ذلك لواحدٍ منهما حتى يجتمعا؛ لأن أصل ما وجب لهما أرش في ثمن رقبة العبد، فلا يحوَّل إلى رقبة غيره إلَّا برضاهما»، كذا في «البويطي».

ولفظه في «الأم»: وإذا جنى عبدٌ على عبدٍ مرهونٍ، فأراد سيد الجاني أن يسلمه مسترقًّا بالجناية، لم يكن ذلك على الراهن إلَّا أن يشاء، وإن شاء الراهن ذلك ولم يشأه المرتهن، لم يُجبر على ذلك المرتهن، وكذلك لو شاء ذلك المرتهن ولم يشأ الراهن، لم يُجبر عليه؛ لأن حقهم في رقبته أرش لا رقبة عبد، ورقبة العبد عوض، وكذلك لو شاء الراهن والمرتهن أن يأخذوا العبد بالجناية، والجناية مثل قيمة العبد أو أكثر أضعافًا، وأبى ذلك ربُّ العبد الجاني لم يكن ذلك لهما؛ لأن الحق في الجناية شيء غير رقبته، وإنما تباع رقبته، فيصير في الحق فيها كما يباع الرهن، فيصير ثمنًا يقضي منه الغريم حقَّه»[٣]. انتهى.

وهو حكم ظاهر، ويمكن التمسك بإطلاقه للقول الصحيح أنه إذا كان كل منهما مرهونًا يباع، ولا ينقل إلَّا برضاهما كما سبق.

السابع: تقدم أن جناية المرتهن، كجناية الأجنبي، فإذا أخذ منه الأرش أو القيمة؛ وضع رهنًا عند مَنْ كان الرهن عنده، إلَّا أن يكون الجاني هو المرتهن، وكانت الجناية عمدًا، فللراهن نقله، وإذا جنى عبد المرتهن على

---

(١) الأم (٣/ ١٨٩).

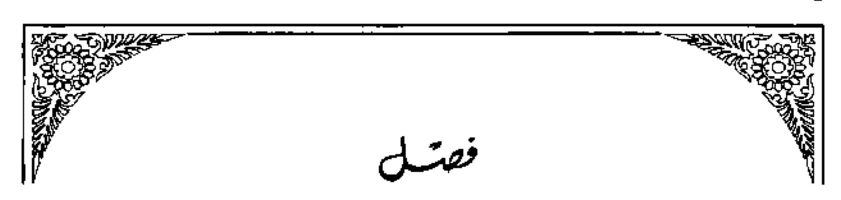
(٢) مختصر البويطي (ص: ٦٤٦).

(٣) الأم (٣/ ١٨٩).

العبد المرهون، فالأرش في رقبته ويصنع به هكذا؛ إذا بيع يكون الأرش المأخوذ من ثمنه عند من كان الرهن عنده.



قال:



فصل

[فيما إن كان المرهون عصيرًا]

وإن كان المرهون عصيرًا فصار في يد المرتهن خمرًا زال ملك الراهن عنه، وبطل الرهن؛ لأنه صار محرمًا لا يجوز التصرف فيه، فزال الملك فيه، وبطل الرهن كالحيوان إذا مات، فإن تخللت عاد الملك فيه؛ لأنه عاد مباحًا ويجوز التصرف فيه، فعاد الملك فيه كجلد الميتة إذا دُبغ، ويعود رهنًا؛ لأنه عاد إلى الملك السابق، وقد كان في الملك السابق رهنًا فعاد رهنًا، وإن كان المرهون حيوانًا فمات وأخذ [الراهن][1] جلده ودبغه فهل يعود الرهن؟ فيه وجهان. قال أبو علي بن خيران: يعود رهنًا، كما لو رهنه عصيرًا فصار خمرًا ثم صار خلًّا، وقال أبو إسحاق: لا يعود الرهن؛ لأنه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه، فلم يعد رهنًا، بخلاف الخمر، فإنها صارت خلًّا بغير معنًى من جهته.



الشرح

[٢/١٧٧]
بذكر مسائل: ⇑

الأولى: «يجوز رهن عصير العنب ونحوه؛ لأنه مائع يجوز بيعه، وقال الماسرخسي: «عندي العصير والفواكه الرطبة سواء؛ لأنه إذا ترك تحدث فيه

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

الشدة فَيَفْسُدُ». قال الروياني: وهذا لم يقله غيره، ولا يصح؛ لأن العصير يمكن إصلاحه بطرح الخل الذي يمنع الشدة، فيجبر الراهن عليه كما إذا رهن ثمرة رطبة يمكن تجفيفها؛ صحَّ الرهن، وأُجبر على التزام مؤنته، والإنفاق عليه»[١].

الثانية: قال المزني في «المختصر»: «قال الشافعي: ولو رهنه عصيرًا حلوًا كان جائزًا، فإن حال إلى أن يصير خلًّا أو مُريًّا أو شيئًا لا يُسكر كثيره، فالرهن بحاله»[٢]. انتهى.

وذلك لأنه في الحالة الثانية مملوك، فأشبه الصغير إذا كبر، والمريض إذا برأ.

وقوله: «مُريًّا»، قيل: إنه سهوٌ في النقل وعصير العنب لا يصير مُريًّا.

وقيل: إنه صحيح، وله وجه وهو أن عصير الشعير يستحيل مريًّا، والمسألة في عصير العنب والشعير وغيرهما.

وكذلك إذا طرح في عصير العنب دقيق الشعير ينقلب مُريًّا، وقال في «الأم»: «ولو رهنه عصيرًا حلوًا، كان الرهن جائزًا رهنا ما بقي عصيرًا، فإن حال إلى أن يكون خلًّا أو مُزًّا أو شيئًا لا يُسكر كثيره؛ فالرهن بحاله، وإن حال إلى أن يصير مُسكرًا لا يحل بيعُه، فالرهن مفسوخ، فإن صار العصير خمرًا ثم صار خلًّا من غير صنيعة آدمي، فهو رهن بحاله»[٣].

الثالثة: إذا استحال إلى حال يُسكر، فإما أن يكون بعد القبض، وإما أن يكون قبله، الحالة الأولى: أن يكون بعد القبض وهي التي ذكرها

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٤٦).
(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٤).
(٣) الأم (٣/ ١٦٢).

المصنف، قال الرافعي: «فلا نقول بأنها مرهونة»(١).

وللأصحاب عبارتان؛ قالت شرذمة: يتوقف إن عاد خلًّا بأن الرهن لم يبطل وإلَّا بان أنه بطل، وقال الجمهور: يبطل الرهن لخروجه عن كونه مالًا، ولا خيار للمرتهن إن كان الرهن مشروطًا في بيع لحدوثه في يده، ثم إذا عاد خلًّا يعود الرهن كما يعود الملك.

وحكى القاضي ابن كجٍّ، عن أبي الطيب بن سلمة: أنه يجيء فيه قولٌ أنه لا يعود الرهن إلَّا بعقدٍ جديد، ورأى أنه مذهب أبي حنيفة(٢)، وكأنَّ هذا النقل لم يبلغ القاضي حسين، فقال على سبيل الاحتمال: يجوز أن يُجعل هذا على قياس عود الحِنث، ويخرج منه مثل ذلك الخلاف، والمذهبُ الأوَّلُ(٣)، وهو عود الرهن، وتبين بذلك أنهم لم يريدوا ببطلان الرهن اضمحلال أثره بالكلية، وإنما أرادوا ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية. انتهى.

وهذا الذي نقله عن أبي الطيب بن سلمة، نقله الجوري عن الربيع صريحًا، فقال: «قال الربيع: وفيه قول آخر، أن الرهن قد انفسخ لما صار خلًّا إلَّا بتجديد رهن». انتهى.

وهذه العبارة من الربيع ليست صريحة في أنه منصوص، وكأنه من تخريجه، وقال الماوردي: «إذا انقلب خمرًا بطل الرهن، فإذا ثبت بطلانه، فمذهب الشافعي رحمه الله، أن رهنه بطل في الحال التي صار فيها خمرًا، وقد

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ٧٩).
(٢) انظر: المبسوط (٢١/ ٢٧٤)، البحر الرائق (٨/ ٣٢١)، العناية شرح الهداية (١٠/ ١٩٦)، حاشية الخرشي (٦/ ٥٢٠).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ١١٠)، نهاية المطلب (٦/ ١٥١)، البيان (٦/ ١٠٥ - ١٠٦)، فتح العزيز (١٠/ ٧٨)، روضة الطالبين (٤/ ٧١ - ٧٢).

كان العقد وقع عليه صحيحًا»[١].

وقال أبو علي بن خيران: انقلابه خمرًا يدل على أن العقد عليه [٢/١٧٧ب] وقع باطلًا؛ لأن ظهوره في الزمان الثاني دليل على ابتدائه في الزمان الأول، كما أن السُّكر بالقدح الثاني دليل على ابتدائه بالقدح الأول، وهذا غلط، وإلَّا لوجب إذا بيع العصير، فانقلب خمرًا في يد المشتري أن يبطل البيع، وما أحد يقول بهذا.

وفائدة الخلاف شيئان:

أحدهما: إذا عاد خلًّا، فعلى مذهب الشافعي يعود إلى الرهن، وعلى قول ابن خيران: لا.

والثاني: أنه إن كان رهنه مشروطًا في بيع، لم يبطل البيع على قول الشافعي، ولم يكن للمرتهن فسخه، كموت العبد، وعلى قول ابن خيران في بطلان البيع **قولان؛ أحدهما**: باطل، **والثاني**: جائز وله الخيار.

ولفظ الشافعي: «فإن صار العصير خمرًا، ثم صار خلًّا من غير صنعة آدمي، فهو رهن»[٢]، «وحكي عن أبي حنيفة: أنه لا يعود إلى الرهن إلَّا بعقد مُستأنف. قال الماوردي: وهذا قول أبي علي بن خيران»[٣]، وهذه الحكاية عن أبي حنيفة تخالف ما نقله الروياني، فإنه حكى عنه: «أنه إذا تخمر العصير لا يبطل الملك ولا الرهن؛ لأنه يرجى عود نفعه، كما لو ارتد العبد.

وأجاب: بأن الخمر لا يضمن متلفها، ولا يصح التصرف فيها، بخلاف

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ١٠٩).

(٢) الأم (٣/ ١٦٣).

(٣) الحاوي الكبير (٦/ ١١٠).

المرتد، فإنه يصح التصرف فيه»[(١)]، وحجة الأصحاب في بطلان الملك والرهن معًا بالتخمر ما ذكره المصنف وتنصيصه على زوال الملك، إما إشارة إلى خلاف أبي حنيفة على ما نقله الروياني.

وإما تنبيه على السبب المقتضي لبطلان الرهن، وحجتهم في عود الرهن بالتخلل ما ذكره المصنف، وقد بدأ فيه بعود الملك، وذلك مما لا خلاف فيه، واستدل لعوده رهنًا بعوده إلى الملك السابق وقد كان فيه رهنًا، وفيه إشارة إلى ما قاله الأصحاب، وهو أنه عاد إلى الملك بسبب سابق لا بسبب حادث، فكان كمن مات وترك خمرًا، فاستحال بعد موته خلًّا، فإنه يجب أن تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه، فلو عاد بسبب حادث لاختص به الورثة ولم يلزمهم قضاء ديونه ولا تنفيذ وصاياه، وإذا عاد إلى الملك بسبب سابق وجب أن يعود إلى الرهن؛ لكونه رهنًا في الملك السابق ولا يحتاج إلى عقد جديد، وإنما يحتاج إلى عقد جديد لو خرج ثم عاد إلى الملك بسبب جديد، فإنه حينئذ يكون الملك الثاني غير الأول.

وهنا الملك الثاني هو الأول؛ لأنه من آثار سببه السابق الذي أفاد الملك أولًا، فهذا الذي أشار إليه المصنف بقوله: «عاد إلى الملك السابق».

وفي ذكره أولًا زوال الملك إشارة إلى جواب عن سؤال، وهو أن يقال: «ينبغي إذا بطل الرهن، لم يصح بسبب يحدث؛ كالبيع وغيره من العقود؟ فيُجاب بأن هنا حصل بطلان الرهن تبعًا لبطلان الملك، فيعود تبعًا لعوده، ولما جاز عوده إلى الملك بعد بطلانه، وإن خالف سائر الأملاك جاز عوده إلى الرهن بعد بطلانه وإن خالف سائر العقود»[(٢)]، هذه عبارة الماوردي،

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٤٦-٢٤٧).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١١١).

وعبَّر الروياني عن هذا الغرض بأن «الرهن هنا انفسخ [٢/١٧٨] لزوال الملك، والملك إذا زال، زال بحقوقه، فإذا عاد، عاد بحقوقه، وإذا انفسخ الرهن والملك باقٍ لا يعود إلَّا بعقدٍ جديد»[١].

وعبارة الماوردي: لأن البطلان يوصف به أثر العقد من الملك في البيع والهبة ونحوها، والاستحقاق في الرهن والانفساخ وصف للعقود ومعناه ارتفاعها، ونحن لا نقول: إذا تخمر العصير أنه انفسخ العقد الذي ملكه به، ولكن بطل الملك الذي هو من آثاره والعقد باقٍ، يظهر أثره إذا تخلل، وكذلك عقد الرهن باقٍ، والزائل بالتخمر ما اقتضاه من ثبوت اليد والاستحقاق، وإطلاقنا البطلان عليه ليس إلَّا بهذا المعنى.

ولما كان الرهن يطلق على الاستحقاق أطلقنا أن الرهن بطل، وأما عقد الرهن فما بطل؛ إذ لو بطل لم يعد، كما أن عقد البيع على العصير لا نقول: إنه بطل، وإنما هو انقطاع أثره، ألا ترى أن من ورث عصيرًا فتخمر لا يقال: بطل إرثه، وإنما يقال: بطل ملكه الذي هو أثر إرثه، كذلك هُنا، فالإرث والشراء وعقد الرهن كلها سواء في المعنى، ومن فهم هذا المعنى وتحققه لم يحتج أن يقول: إن العقد تبين بطلانه كما قاله ابن خيران، ولا يحتاج أن يقول: إن حكم التخمُّر موقوف إن عاد إلى الخَلِّيَّة، بان أن الرهن لم يبطل وإلَّا تبين بطلانه، وكيف يقال هذا، ونحن إذا عاد إلى الخلِّيَّة لا نقول: تبين لنا أنه كان مملوكًا وقت الخمرية.

والماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ لما فرق بين بطلان الرهن بزوال الملك وبطلانه بغيره قال: «على أن بطلان الرهن لا يكون مُنبرمًا باستحالته خمرًا، وإنما يكون مُراعًى، فإن صار خلًّا، بان أن الرهن لم يبطل، وإن لم يصر خلًّا بان أنه قد

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٤٧). بتصريف يسير.

كان بطل، كما نقول في ارتداد الزوجة، إن النكاح مراعًى، فإن لم تُسلم قبل أن تنقضي العدة بان أن النكاح قد كان باطلًا بالردة، وإن أسلمت قبل أن تنقضي العدة بان أن النكاح لم يبطل بالردة»(١). انتهى.

وهذا منه يدل على أنه أراد بالبطلان في أول كلامه ما بينه في آخره من الوقف، وقد اجتمع في المسألة قولان ووجهان؛ **أصحهما**: بطلان الرهن بالتخمر وعوده بالتخلل، وهو ظاهر المنصوص.

وثانيهما: بطلانه بالتخمر ولا يعود إلَّا برهن جديد، وهو ما تقدم عن الربيع، والظاهر أنه قول أبي الطيب بن سلمة، **وثالثها**: أنه موقوف، فإن تخلل بان أنه لم يبطل، وإلَّا بان أنه بطل، **ورابعها**: أنه بالتخمر بان بطلان الرهن من أصله، وهذا قول ابن خيران، ومن ضرورته ألا يعود الرهن بالتخلل.

فرع

فرَّعه أبو العباس على مسألة العصير، وهو أنه لو كان له عند رجل ألف برهن، فصالحه على طعام، صحَّ وبرئت ذمته عن الألف وانفكَّ الرهن، ومن شرط هذا الصلح القبض قبل التفرق على خلاف فيه أو التعيين، فإن تفرقا قبله بطل الصلح وبرئ من الطعام وعاد الألف برهنه، كالعصير إذا صار خلًّا، قال الروياني: «قال والدي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولو قبضه قبل التفرق، ثم تقايلا صحت الإقالة، وتعود الدراهم إلى ذمته ولا يعود الرهن، ويحتمل أن يقال: يعود، ولو أخذ الرهن على الطعام ثم تفرقا قبل القبض بطل الصلح، وبرئ من الطعام وبطل الرهن به، وعادت الدراهم إلى الذمة برهنها»(٢).

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١١١).	(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٤٧). باختصار.

الحالة الثانية: أن يكون تخمُّره قبل القبض، ففي بطلان الرهن البطلان الكلي وجهان؛ **أحدهما**: نعم؛ لاختلال المحل في حال ضعف الراهن وجوازه. [٢/١٧٨ب] ⇑

والثاني: لا، كما لو تخمر بعد القبض.

وبالأول جزم ابن الصباغ(١)، والروياني(٢)، والعمراني(٣)، ولكن صحح الرافعي في «المحرر»(٤)، والنووي في «الروضة»(٥) الثاني.

وقال الرافعي في «الشرح»: «إن قضية إيراد الأئمة ترجيحه؛ لأنهم قرنوا هذا الخلاف من الخلاف في صورة عروض الجنون، أو بنوه عليه، فقالوا: إن ألحقنا الرهن بالوكالة بطل بعروض الجنون وانقلابه خمرًا قبل القبض، وإن ألحقناه بالبيع الجائز لم يبطل، وقد مرَّ أن الثاني أظهر»(٦).

قلتُ: والخلاف فيما إذا عرض الجنون ضعيف جدًّا، إنما قال بالبطلان أبو إسحاق، وقد تقدَّم أنه رجع عنه، فكذلك الخلاف هُنا أقوى منه هناك، وإن كان الإمام قرَّبه منه.

قال ابن الرفعة: «ويشبه أن يكون أصل الوجهين ما إذا غصب عصيرًا، فصار خمرًا، ثم صار خلًّا، فالخل للمغصوب منه، وهل يلزم الغاصب مثل العصير؛ لأنه بانقلابه خمرًا زالت المالية فيه، وعوده خلًّا نعمة من الله تعالى جديدة أو أرش النقص؛ لأنه غير العصير؟ فيه وجهان يقربان من

---

(١) نقله عنه العمراني في البيان (٦/ ١٠٦).
(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٤٩).
(٣) البيان (٦/ ١٠٦).
(٤) المحرر (ص: ١٦٧).
(٥) روضة الطالبين (٤/ ٧١).
(٦) فتح العزيز (١٠/ ٨٠).



الخلاف في الزائل والعائد، وأصله الخلاف في عود الحنث، والخلاف في الانفساخ عند موت الراهن يجوز أن يبنى على أن الوارث هل يبني على حول الموروث، إن قلنا: لا كما هو الجديد بطل، وإلَّا فلا، ويؤيده أن النصوص في الجديد بطلان الرهن بموت الراهن، وإن كان الأصح خلافه»[١].

قلتُ: قوله الأصح خلافه صحيح على ما هو المشهور عند الأصحاب، ولكني أنا قوَّيت مما تقدم بطلان الرهن بموت الراهن دون المرتهن؛ لأنه لا فائدة في بقاء الرهن بعد موت الراهن، وهذه العلة غير موجودة هنا؛ فلذلك الأصح هنا عدم البطلان الكلي بالتخمر، ومن المعلوم أن محل الوجهين فيما قبل القبض إذا قلنا: بعد القبض لا يبطل بالتخمر، إما إذا قلنا: يبطل ولا يعود الرهن فيه فهنا أولى.


فرع

قال في «التهذيب»: «وعلى الوجهين لو كان الرهن مشروطًا في بيع، ثبت الخيار للمرتهن؛ لأن الخل دون العصير»[٢].

فرع

«ولا يصح الإقباض في حال الخمرية، فلو فعل وعاد خلًّا فعلى الوجه الثاني القائل بأنه لا يبطل الرهن، وهو الأصح: لا بد من استئناف قبض، وعلى الأول القائل بالبطلان: لا بد من استئناف عقد، ثم القبض فيه على ما ذكرنا فيما إذا رهن من الإنسان ما في يده»[٣]، هكذا قال الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقوله: ثم القبض على ما ذكر في رهن ما في يده، يعني: إذا استأنف

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٤٠٣). بتصريف.
(٢) التهذيب (٤/ ٤٤). بتصريف.
(٣) فتح العزيز (١٠/ ٨٠).

العقد تفريعًا على الوجه القائل بالبطلان، أما على الوجه الأصح وأنه لا يحتاج إلى عقدٍ بل إلى قبضٍ فلا؛ لأنه تقدم الرهن على كونه في يده فلا بد من قبض صحيح، وبيان ذلك أنا إذا قلنا: لا يحتاج إلى عقدٍ فرد الخل إلى الراهن ثم قبضه بإذنه صح، وإن لم يرده، وقال له الراهن: اقبضه. خرَّجه الأصحاب على اتحاد القابض والمقبض، فيكون الأصح أنه لا يصح القبض، ولو لم يقل: اقبضه، ولكن قال: أمسكه لنفسك. قال الأصحاب: لا يصح.

وقال صاحب «التقريب»: يتخرج على رهن الإنسان ما في يده، وظاهر هذا التخريج أنه مطَّردٌ في قوله: اقبضه، وفي قوله: أمسكه.

أما في قوله: «اقبضه»، فلأنه تصريح بالإذن في القبض، فإذا كنَّا نجعل رهنه ما في يده متضمنًا للإذن في قبضه، ونكتفي به على قول فَلأن نكتفي بإذنه الصريح في القبض، ونجعله إقباضًا بطريق الأَوْلى، وإذا جعلناه إقباضًا، فيكون حكمه في القبض حكم ما لو رهنه شيئًا في (١٢/١٧٩) ⇑ يده، وأذن له فيه، هل يصح القبض بمجرد ذلك، أو يفتقر إلى مضي زمانٍ، أو يحتاج مع ذلك إلى زيادة من نقلٍ أو وصول إليه على ما شرحناه في موضعه.

وأما في قوله: «امسكه». فلأنهم اتفقوا فيما إذا قال الراهن للمرتهن: بع هذا إليَّ ثم استوفِ الثمن لي، ثم امسكه لنفسك. أنه إذن في الإقباض، ولكن هل يكفي الإمساك أو لا بد من إحداث فعل، كما لو قال: ثم استوفه لنفسك؟

على وجهين قدمناهما، أصحهما عند الإمام[١] التالي، ثم تتخرج بعد ذلك على اتحاد القابض والمقبض، وإذا كان الإذن في الإمساك، كالإذن

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٧٦).

في القبض في كونه إقباضًا من جهة الراهن، وإن توقف القبض على شيء آخر، فكذلك ها هنا يكون الإذن في الإمساك إقباضًا، فيجري فيه خلاف اتحاد القابض والمقبض، وعُذر الأصحاب في قطعهم بأن الإذن في الإمساك يكفي في الإقباض فيما إذا قال: بع واستوفِ لي، ثم امسك لنفسك.

وقولهم أو قول من قال منهم هنا وهو الغزالي: إن الإذن في الإمساك لا يكفي في الإقباض أنه هنا كان ممسكًا بقبض فاسد، فالإذن في الإمساك إذنٌ في البقاء على الفاسد، فلا يصح، وهناك الإذن قبل القبض فلا محمل له إلَّا أنه أراد بالإمساك القبض، وعُذْر الأصحاب في تخريجهم الإذن في القبض هنا على اتحاد القابض والمقبض، وإن لم يخرجوه فيما إذا رهن منه شيئًا في يده، بل جزموا بالصحة أنه لما ورد العقد هناك على ما في يده اكتفي بالاستدامة، وجعلنا الدوام كالابتداء، وهنا لما تقدم العقد ووجب القبض ابتداءً، حقيقة لم يكتف فيه بالاستدامة، هذا كله إذا قلنا: لا يحتاج إلى عقدٍ وهو الأصح.

فإن قلنا: يحتاج إلى عقد، فإذا أنشأ العقد، وهو في يد المرتهن، فحكمه في القبض حكم ما لو رهنه شيئًا في يده، ففي قول يصير مقبوضًا بمجرد ذلك.

والصحيح: أنه لا بد من إذن ومضي زمان وفي اشتراط الوصول إلى العين خلاف، كل ذلك تقدم شرحه وقلنا هُناك: إنه لا صائر إلى وجوب ردِّه إلى الراهن ثم قبضه، وكذا هنا على هذا القول، بخلاف ما إذا قلنا: العقد باقٍ.

والفرق بينهما ما تقدمت الإشارة إليه، أنه عند ورود العقد على ما في يده

يكتفي باستدامتها بالإذن على قولٍ، وبصورة القبض مع استدامتها على قول، وهو النهاية، وأما هُنا إذا ورد العقد وليس في يد المرتهن، فلا بد من حقيقة النقل من يد الراهن إلى يد المرتهن.

واعلم أنا قدمنا عن العراقيين في رهن الإنسان ما في يده، أنهم جازمون بعدم اشتراط النقل، وإنما اشترطه بعض المراوزة، ولم يصرح هناك بأنه يشترط مع النقل التقدير، كالكيل في المكيل والوزن في الموزون، ولا بد منه على ذلك الوجه إذا رهنه بالكيل أو الوزن، وقد صرَّح صاحب «البيان» في قبض الرهن بأنه «إن كان صُبرةً جُزافًا قبضها جزافًا، وإن كانت بكيل أو وزن، فلا بد من قبضها من الكيل أو الوزن كما في البيع»[1]، وكذلك يقتضيه كلام غيره، فعرفنا هذا أنا حيث اشترطنا صورة القبض فيما إذا رهنه ما في يده، لا بد من النقل والتقدير في المقدَّر، لكن العراقيون مطبقون على أنه لا يشترط النقل فضلًا عن التقدير.

والرافعي[2] صحح أنه لا يشترط المصير إليه فضلًا عن اشتراط [٢/١٧٩ب] نقله وتقديره، فعُلم بهذا أنه لا يشترط فيما في يده نقل ولا تقدير، وقد قلنا: فيما إذا قال: بعه واستوفِ الثمن لي، ثم استوفه لنفسك. أنه لا بدَّ من وزن أو كيل جديدٍ، ثم بعد ذلك يخرج على اتحاد القابض والمقبض.

فأما تخريجه على اتحاد القابض والمقبض فصحيح، وقد مرَّ الكلام عليه، وأما كونه لا بدَّ من كيل أو وزن، فتبعنا فيه الرافعي وغيره من المراوزة، وفيه نظر، يحتمل أن يقال: إنه لا يشترط بل يكتفي في الاستدامة من غير نقل، كما قاله العراقيون والرافعي في رهن ما في يده.

ويحتمل أن يُفرق بأن هناك اغتفر؛ لكونه في ضمن عقدٍ كما أشرنا إليه،

---

(١) البيان (٦/ ١٨).
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٦٧).

وهنا مقصود، فلا بد من صورة القبض، وهذا هو الأقرب، والاحتمال هنا أقوى منه في تخمر العصير؛ لأن أصل القبض هنا صحيح، فقرب من رهنه ما في يده، وهناك القبض فاسد.

هذا زبدة ما حصل لي من فهم كلام الأصحاب في هذا الفرع، وقد وقع فيه اضطراب في النقل عن صاحب «التقريب» وفي فهمه، والذي ذكرته هو الذي اخترتُه من ذلك، ولكن لا بد من ذكر ما ذكروه بنصه لأؤدي الأمانة فيه، ولتعلمَ وجه التصرف فيه.

فنقول: قال الغزالي: «إن قلنا: لا ينفسخ به قبل القبض بل إذا عاد خلًّا عاد الرهن كما بعد القبض، فلو أقبض وهو خمر فالقبض فاسد، فلو صار خلًّا فقال: امسكه لنفسك. لم يكف، ولو قال: اقبضه لنفسك. فيكون هو القابض والمقبض، وفي مثله خلاف في البيع، هكذا قال الأصحاب.

قال صاحب «التقريب»: ينبغي أن يكون هذا كالإذن للمودع بعد الرهن منه؛ إذ لا فرق بينهما»[1]، هذا كلامه في «الوسيط».

وقال في «البسيط»: «لو قال: اقبضه لنفسك واجر مع نفسك. ما هو صورة القبض؟ فقد ذكرنا خلافًا في مثله في القبض، ولو قال: امسكه لنفسك. فهذا هل يكون إقباضًا؟ قال الأصحاب: لا يكون إقباضًا، وخرَّج صاحب «التقريب» هذا على أن مجرد الرهن هل يكون إقباضًا؟». انتهى.

وقال الإمام: «القبض في حال الشدة لا يُفيد، ولابد من إقباض بعد الحموضة، وإن كان لنا فيما إذا ورد العقد على يدٍ في جعل العقد متضمنًا للإذن في القبض كلام؛ لأنا نحاول إثبات قبض مجرد على يدٍ مستدامة، فلا بد من إقباض من طريق الصورة، فلو قال: اقبضه لنفسك. ففيه خلاف

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٩١-٤٩٢).

قدمته في البيع، ولو قال: امسكه لنفسك. لم يكن إقباضًا، وإذا جوزنا له أن يقبض لنفسه بنفسه، فلا بد من صورة يجريها بيع مثلها قبضًا ابتداء.

وذكر صاحب «التقريب» أن الإذن في الإمساك، واليد دائمة يخرج على أن العقد هل يتضمن إقباضًا؟ ثم رجح فقال: هذا أولى، فإنه تعرض لنفس القبض، فإذا كنا نجعل ضمن العقد إقباضًا؛ فلأن نجعل الإذن في الإمساك إقباضًا أولى، قال الإمام: وهذا قياس لستُ أنكره، ولكن صرَّح الأئمة بخلافه»[(١)].

قال ابن الرفعة: وبين كلام «الوسيط» وما قاله الإمام بَوْنٌ عظيم.

قال ابن الرفعة: والذي أورده الرافعي فيما نحن فيه أنَّا إذا قلنا: لا يبطل الرهن فلا بدَّ من استئناف قبض، ثم هو على ما ذكرناه فيما إذا رهن من إنسان ما في يده، وذلك في الحقيقة جرى على ما قال صاحب «التقريب» فيما حكاه عنه في «الوسيط»[(٢)].

قلتُ: وقد تقدم حكاية كلام الرافعي، وليس فيه ما يقتضي ما قاله ابن الرفعة، فتأمَّلْهُ.

قال ابن الرفعة: فإنْ ⇑[١٢/١٨٠] قلتَ: الخلاف في اتحاد القابض والمقبض في البيع، ليس فيما إذا كان المبيع من ثمن أو مثمن معينًا، بل إنما هو فيما في الذمة والرهن هنا مُعين.

قلتُ: صحيح، لكن لما كان القبض هنا لا يسوغ إلَّا بإذن وهو المحصل للمقصود نُزِّل منزلة قبض المبيع في الذمة؛ لأنه لا يتعين الملك فيه إلَّا بإقباض، وأيضًا، فإن القبض في الرهن نازل كما سلف عن الإمام[(٣)] منزلة

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٥٤-١٥٥).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٩٢). (٣) نهاية المطلب (٦/ ١٥٤-١٥٥).

مصراعي العقد، والخلاف في اتحاد العاقد مشهور، بل الأصح منعه، فكذا ينبغي أن يكون ها هنا **والْمَحَنّ أن في هذا الفرع مواضع**:

منها: اتفاق الأصحاب على صحة قوله: بعه لي ثم اقبضه لي، ثم أمسكه لنفسك. وقولهم هنا: أمسكه. لا يصح.

ومنها: عدم اشتراط أكثرهم النقل، فيما إذا رهنه ما في يده، وأذن له في قبضه، واشتراطهم إياه فيما إذا قال: بعه ثم اقبضه لي، ثم اقبضه لنفسك.

ومنها: قول الرافعي[١] ثم هو جعله ابن الرفعة عائدًا على ما إذا قلنا: لا يبطل الرهن، وإنما هو إذا قلنا: يبطل واستأنف عقدًا.

ومنها: تحقيق قول صاحب «التقريب»: فرع: لو انقلب المبيع خمرًا قبل القبض، فالكلام في انقطاع البيع، وعوده إذا عاد خلًّا على ما ذكرناه في انقلاب العصير المرهون خمرًا بعد القبض، هذا هو المذهب، وبه قال الأكثرون، ويوافقه نقل القاضي حسين عن النص أن البيع يعود صحيحًا، وقطع جماعة من العراقيين منهم صاحب «الشامل»، فإنه يبطل البيع، وفرقوا بينه وبين الرهن بعد القبض بأن الرهن عاد تبعًا لملك الراهن، وهنا يعود[٢] ملك البائع لعدم البيع، ولا يصح أن يبيع ملك المشتري، ووافقه الروياني[٣].

قلتُ: قوله: «يعود ملك البائع لعدم البيع». فيه نظر، فإنَّا نمنع عود ملك

---

(١) فيما سبق: «من أنه لا يصح الإقباض في حال الخمرية، فلو فعل وعاد خلًّا فعلى الوجه الثاني القائل بأنه لا يبطل الرهن، وهو الأصح لا بد من استئناف قبض، وعلى الأول القائل بالبطلان لا بد من استئناف عقد، ثم القبض فيه على ما ذكرنا، فيما إذا رهن من الإنسان ما في يده».

(٢) بهامشه المخطوطة: «حاشية بخط المصنف: هذه عبارة الشامل، وهي صحيحة، وفي الروضة؛ مضبوط بخطه بعود ملك البائع تعدم ولا حاجة إلى ذلك، وليس بصحيح».

(٣) بحر المذهب (٥/ ٢٤٩).

البائع ونمنع عدم العقد، وإنما نقول بالتخمر زال ملك المشتري مع بقاء العقد، فإذا تخلل عاد ملك المشتري بمقتضى البيع من غير أن نقدر عوده إلى ملك البائع، فالحق تخريجه على الرهن بعد القبض، فإن العلقة في الرهن بعد القبض باقيةٌ، وهي أن يباع في الدين، والعلقة في البيع قبل القبض ثابتة، وهي وجوب التسليم.

فرع لو جنى المرهون قبل القبض وتعلق الأرش برقبته وقلنا: رهن الجاني ابتداء فاسد، ففي بطلان الرهن وجهان؛ كتخمر العصير، وهنا أولى بعدم البطلان؛ لدوام الملك في الجاني، وفي «التهذيب»[1] أنه يبطل الرهن في الأصح كما لو جنى قبل الرهن، فإن كان مراده البطلان الكلي فهو خلاف ما قدمنا تصحيحه في تخمر العصير، ومقتضى ما صححناه هناك أنه هنا إذا فُدي ولم يُبع في الجناية يعود الرهن أو نقول: إنه مستمرٌّ، وهو الأولى، وإن كان مراده البطلان كما في العصير إذا تخمَّر فصحيح، وهو موافق لما قلناه.

فرع إباق المرهون قبل القبض قال الإمام يُخرَّج على وجهين؛ لأنه انتهى إلى حالة بمنع ابتداء الرهن، قال النووي: «**أصحهما**: لا يبطل، وصححه في «المحرر»»[2].

المسألة الرابعة:

إذا كان المرهون حيوانًا يطهر جلده بالدباغ، فمات بعد القبض فدبغ

---

(١) التهذيب (٤/ ٣٧).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٧٢).



جلده، **فوجهان؛ أحدهما** وبه قال ابن خيران، واختاره القاضي الروياني[١]: أنه يعود الرهن كما إذا انقلبت الخمر خلًّا.

وأصحهما وبه قال الأكثرون: لا يعود؛ لأن ماليته مخلوقة بالصبغة والمعالجة، وليس العائد ذلك الملك، وهذا قول أبي إسحاق فيما حكاه المصنف، والمحاملي، والبغوي[٢]، والروياني[٣]، وأما الماوردي[٤]، فإنه نقله عن ابن أبي هريرة، ونقل الوجه ⇑ [٢/١٨٠ب] الأول عن أبي إسحاق.

وقد تقدم نقل الماوردي عن ابن خيران أن بانقلاب العصير خمرًا يبين بطلان الرهن، فلم يحصل في نقل الماوردي عن ابن خيران منافاة، وأما إذا ضَمَمنا ما نقله الماوردي إلى ما نقله المصنف عنه فيعسر الجمع بينهما؛ لأنه على نقل الماوردي يقول: تبيين البطلان بالتخمر، وعلى نقل المصنف ومن وافقه نقول: يعود إلى الجلد بالدباغ، ومن ضرورة ذلك أن العقد باقٍ في الشاة الميتة، ومتى بقي في الميتة بقي في الخمر، فالقول بارتفاعه تبينا في العصير إذا تخمر، وببقائه في الحيوان إذا مات حتى يعود بالدباغ لا يجتمعان، وقد حاول ابن الرفعة الجمع بينهما بأن يكون قال ما قاله في الحيوان إذا مات ودُبغ جلده تفريعًا على المذهب لا على رأيه، ويكون قوله في أنه يتبين البطلان رأيًا له.

والماوردي لما حكى «عن أبي حنيفة أنه لا يعود الرهن في الخل إلَّا بعقد مستأنف، وأنه قول ابن خيران استدل له بأشياء؛ منها: أن جلد الشاة المرهونة إذا دبغ بعد الموت لا يعود إلى الرهن، ثم أجاب بأن **فيه وجهين؛**

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٤٨).

(٢) التهذيب (٤/ ٤٤).

(٣) بحر المذهب (٥/ ٢٤٨).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ١١١).

فإن قلنا: يعود سقط السؤال، وإلَّا فالفرق ظاهر»[١].

فرع محل الاختلاف في عود الرهن والاتفاق على عود الملك إلى المالك إذا كان هو الدابغ أو وكيله، أما إذا دبغه المرتهن بغير إذنه، قال الجوري: احتمل أن يكون ملكًا للراهن ويخرج من الرهن، وهذه الصورة تدخل في كلام غيره، ويأتي فيها **وجهان؛ أحدهما:** أنه ملك المرتهن، فعلى هذا يخرج من الرهن.

وأصحهما: أنه ملك الراهن، فعلى هذا في عود الرهن الوجهان، وإنما قلتُ ذلك؛ لأن الأصحاب قالوا: إذا أخذ جلد ميتة لغيره بغصب أو غيره فدبغه فوجهان، قال أبو إسحاق: يكون ملكًا لمالكه، الأول دون الدابغ كالخمر إذا استحالت خلًّا.

وقال ابن أبي هريرة: يكون ملكًا للدابغ؛ لأنه ملك بإحداث فعل، قال وعلى هذين الوجهين عوده إلى الرهن.

قلتُ: في البناء نظر؛ لأن الأصح أنه لا يكون ملكًا للدابغ، بل يجب عليه رده، والأصح أنه لا يعود إلى الرهن، وكأن الفرق أن إحداث الدباغ لم يقو على قطع سبب الملك بالكلية، وقوي على قطع سبب الرهن لضعفه، وذكر القاضي حسين فيما لو غصبَ خمرًا، فانقلب خلًّا في يديه أو جلد ميتة فدبغه، **أربعة أوجه:**

أحدها: يردهما على المغصوب منه.

والثاني: لا يردهما.

والثالث: يرد الخمر دون الجلد، والفرق ما سبق.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١١٠).

والرابع: يرد الجلد دون الخمر؛ لأن الخمر لا يحل إمساكه للمعالجة بخلاف الجلد.

فرع لو كان له خمرٌ، فأراقها، فجمعها رجل، فصارت خلًّا في يده أو وُهِبَ خمرًا من رجل، فصارت خلًّا في يد الموهوب له، فلمن يعود الملك؟ **وجهان**؛ **أحدهما**: إلى الأول؛ لأنه لا يد للثاني عليها، فإن يده لا تقرُّ عليها، فصار كما لو غصبها من الأول فصارت خلًّا في يده تكون للمغصوب منه، وهذا ظاهر المذهب.

والثاني: يعود إلى الثاني؛ لأن الأول قد رفع يده عنه، وقد حصل في يد الثاني، فإذا عاد ملكه كان صاحب اليد أولى به، كما لو ماتت شاةٌ فألقاها في مزبلة فجاء إنسان ودبغ جلدها كان له، وليس كمسألة الغصب؛ لأن يد الثاني بغير حق، فلا تصير ملكًا له، وهكذا في مسألة جلد الميتة لو ألقاها صاحبها، فجاء رجل وأخذ الجلد، ودبغه كان له بخلاف ما لو غصبه.

قال الروياني: «وهذا أصح عندي، ويد الثاني تثبت عليها حين رفع الأول يده عنها، وهذا إذا حلَّ له هذا الفعل لغرض صحيح، فأما إذا حرم عليه جمع الخمر فيده لا تثبت [٢/١٨١] عليها ولا يملك بذلك»[١]، قاله الروياني في «البحر».

وقال الجوري: إذا أريقت، فابتدر إليها ذميٌّ، فتخللت عنده تكون ملكًا له دون الراهن والمرتهن.



(١) بحر المذهب (٥/ ٢٤٨-٢٤٩).

فائدة:

تقدم نقل المصنف وجماعة عن أبي إسحاق: أن جلد الميتة لا يعود رهنًا.

قال الروياني: «قال أبو الطيب الساوي: قيل لأبي إسحاق: ما تقول في شاة ماتت، فغصبها غاصب ودبغَ جلدها، هل يملكه الغاصب؟ فقال: لا أقول إن الغاصب يملكه بما استحدثه من الدباغ. فقيل له: يلزمك أن تقول: الملك للغاصب، قال: الفرق أن فعل الغاصب لا حكم له؛ لأن يده ليست بحق، فوجوده كعدمه، كما لو غصب من رجُلٍ كلبًا غير مُعلَّمٍ وعلَّمه كان الأول أحق به. فقيل له: قد قال الشافعي: إذا تحجر مواتًا فأحياه غيره فالملك للثاني، وإن كان يد الأول بحقٍّ، قال: يد المتحجر لم تستند إلى ملكٍ سابق، فلما وجد سبب الملك من الثاني أبطله، ويدُ صاحب الشاة استندت إلى ملك سابق فكانت أقوى، وكان أحق بالملك من الثاني.

قال أصحابنا: هذا الذي ذكره دليل عليه؛ لأن يد الراهن مستندة إلى ملك سابق.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يزول ملك الراهن عن الجلد بالموت، ولا يبطل حق المرتهن عن الجلد، وإذا دبغ؛ فهو مرهون»[1].

فرع «أشار في «المختصر»[2] - في هذا الموضع - إلى منع التخليل، فتأسى به أكثر الأصحاب وذكروا مسائله هنا، والمصنف ذكرها في باب إزالة النجاسات، ونحن لا نرى إخلاء هذا الموضع منها، فنقول:

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٤٨).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٤).

الخمر قسمان: محترمة، وغير محترمة، وفسروا المحترمة بما عُصر لقصد الخلِّية، وغير المحترمة بما عُصر لقصد الخمرية، وسأفرد فرعًا لتحقيق ذلك، واستدلوا لكون القسم الأول محترمًا بأن اتخاذ الخل جائز بالإجماع، ولن ينقلب العصير على الحموضة إلَّا بتوسط الشدة، ولو لم تحترم وأريقت في تلك الحالة لتعذر إيجاد الخل، وفي القسمين المحترمة وغير المحترمة أحكام نرسمها في ضمن فروع.

أحدها: تخليل الخمر بطرح العصير، أو الخل، أو الخبز الحار، أو الملح، أو نحوه فيها حرامٌ، والخل الحاصل نجس، وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة: يجوز تخليلها، والخل الحاصل طاهر.

وعن مالك **روايتان؛ إحداهما**: كمذهبنا.

والأخرى: أنه مكروه. ولكنه لو فعل حلَّ.

قال الشافعي في رواية أبي سعيد[1]: «ولا تحل الخمر عندي - والله أعلم - أبدًا إذا أُفسدت بعمل آدمي»[2].

لنا: ما روى مسلم[3] رَحِمَهُ اللَّهُ في «صحيحه» من حديث أنسٍ قال: سئل رسول الله ﷺ عن الخمر تُتخذ خلًّا، قال: «**لَا**».

وفي «سنن أبي داود»[4] عن أنس، أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتامٍ ورثوا خمرًا، قال: «**أَهْرِقْهَا**»، قال: أفلا أجعلها خلًّا؟ قال: «**لَا**». ورواه

---

(١) كتب بهامشه: حاشية بخط المصنف أبو سعيد بن أبي عمرو، شيخ البيهقي، يروي عن الأصم عن الربيع.

(٢) الأم (٣/ ١٦٢-١٦٣).

(٣) مسلم (١٩٨٣). وأخرجه: الترمذيُّ (١٢٩٤) وقال: حسنٌ صحيحٌ.

(٤) أبو داود (٣٦٧٧). وأخرجه: الترمذيُّ (١٢٩٣)، وأحمد (٣/ ١١٩).

الترمذي أيضًا»[١].

وروى البيهقي[٢] عن أسلم مولى عُمر، عن عمر رضي الله عنه قال: لا تشرب خلَّ خمرٍ أُفسدت؛ حتى يبدأ الله فسادها، فعند ذلك يطيب الخل.

وفي رواية أخرى: أن عمر أُتِيَ بالطِّلا وهو بالجابية، وهو يومئذ يطبخ، وهو كعقيد الرُّب، فقال: إن في هذا لشرابًا ما انتهينا إليه، ولا يشرب خل خمر فسدت، حتى يبدي الله فسادها، فعند ذلك يطيب الخل، ولا بأس على امرئٍ إن ابتاع خلًّا وجده مع أهل الكتاب، ما لم يعلم أنهم تعمدوا إفسادها[٣].

قوله: أُفسدت، يعني: عولجت[٤]، قال البيهقي: ولا نعلم أحدًا من الصحابة خالفه، استدلت الحنفية بما روي عن أم سلمة رضي الله عنها أنها كانت لها شاة تحلبها، ففقدها النبي ﷺ، فقال: «**مَا فَعَلَتْ شَاتُكُمْ؟**» فقلت: ماتت. فقال: «**أَفَلَا انْتَفَعْتُمْ بِإِهَابِهَا؟**» فقلت: إنها ميتة [ب/٢/١٨١] قال: «**فَإِنَّ دِبَاغَهَا يَحِلُّ كَمَا يَحِلُّ الْخَلُّ مِنَ الْخَمْرِ**»[٥]. وهو حديث ضعيف، قال الحاكم: تفرد به الفرج ابن فضالة عن يحيى بن سعيد، والفرج ممن لا يحتج بحديثه[٦]، ولم يصح تخليل الخمر من وجهٍ، وفي رواية محمد بن بكار عن الفرج في هذا الحديث قال فرج: يعني أن الخمر إذا تغيرت فصارت خلًّا حلَّت[٧]، فعلى

---

(١) فتح العزيز (١٠/ ٨٢-٨٣).
(٢) البيهقي في الكبرى (٦/ ٣٧).
(٣) أخرجه: البيهقي في الكبرى (٦/ ٣٧).
(٤) المصدر السابق.
(٥) أخرجه الدارقطني (٤٧٠٧).
(٦) لم أجده للحاكم. وقد ذكر نحوه الدارقطني.
(٧) أخرجه البيهقي (دار الكتب العلمية) (٦/ ٦٣).

هذا التفسير الذي فسَّره، وهو راوي الحديث يرتفع الخلاف، ونقول به، ولا يكون لهم فيه دليل.

وقال عمرو بن علي: «كان عبد الرحمن بن مهدي لا يحدث عن فرج بن فضالة، ويقول: حدَّث عن يحيى بن سعيد الأنصاري أحاديث منكرة مقلوبة»[١]، وقال البخاري: «الفرج بن فضالة أبو فضالة منكر الحديث»[٢]، وقال أحمد بن حنبل: «إذا حدَّث عن الشاميين فليس به بأس، ولكنه عن يحيى بن سعيد مناكير»[٣].

قلت: وهذا منه مع حمله على ما إذا تخللت بنفسها، فهما جوابان.

واستدلوا أيضًا بما روى المغيرة بن زياد عن أبي الزبير عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: **«مَا أَقْفَرَ بَيْتٍ مِنْ أُدْمٍ فِيهِ خَلٌّ وَخُبْزٌ، خَلُّكُمْ[٤] خَلُّ خَمْرِكُمْ»**[٥].

قال الحاكم: «هذا حديث واهي الإسناد شاذٌّ، لا نعلم أنَّا كتبناه إلا بهذا الإسناد، والمغيرة بن زياد الموصلي يقال له: أبو هشام المكفوف صاحبُ مناكير، وحدَّث عن عبادة بن نسي بحديث موضوع»[٦].

وقال البيهقي: «تفرَّد به مغيرة وليس بالقوي، وأهل الحجاز يسمون خلَّ العنب خل خمرٍ، ثم هو وما قبله محمولان على الخمر، إذا تخللت بنفسها

---

(١) الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٧/ ٨٦).

(٢) التاريخ الكبير (٧/ ١٣٤).

(٣) سؤالات أبي داود لأحمد (رقم ٣٠٤) بمعناه.

(٤) عند البيهقي: «خير خلكم».

(٥) أخرجه البيهقي (١١٢٠٣).

(٦) سؤالات السجزي للحاكم (ص٥٣) نقل كلامه عن المغيرة، ونقل البيهقي كما في المصدر السابق كلامه عن الحديث بنحوه.

إن صحت الرواية، وعلى ذلك حمل الفرج بن فضالة روايته»[١].

فرع قال أصحابنا: وإذا حرم التخليل كان الخل الحاصل نجسًا؛ لأن الفعل الحرام لا تستباح به العين المحظورة، كاصطياد المحرم، وأيضًا فإن المطروح في الخمر يتنجس بملاقاتها وتستمر نجاسته؛ إذ لا مُزيل لها، ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهرًا بخلاف أجزاء الدَّنّ، **فهاتان علتان:**

إحداهما: تحريم التخليل، وهي اختيار القاضي حسين.

والثانية: نجاسة المطروح، وهي منسوبة إلى أبي يعقوب الأبيوردي والإسفراييني وأظنه أبا حامد، وطائفة من أئمة الخلاف، وضعَّفها الإمام[٢].

فرع ولا فرق في هذا الفرع والذي قبله بين المحترمة وغيرها، وحكى الإمام عن بعض الأصحاب جواز تخليل المحترمة؛ لأنها غير مستحقة الإراقة[٣]، والمذهب الأول؛ لأن الخمر التي كانت لأيتام أبي طلحة محترمة؛ لأنها عُصرت قبل التحريم، هكذا روي مُصرحًا، أن يتيمًا كان في حجر أبي طلحة فاشترى له خمرًا، فلما حُرِّمت الخمر سأل النبيَّ ﷺ أتتخذ خلًّا؟ قال: «لَا»[٤].

* * *

(١) معرفة السنن والآثار (٨/ ٢٢٦).
(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٥٦).
(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٥٨).
(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٧٥).

وقد نوزع لصاحب الوجه المذكور بأمور:

منها: لعل تلك الخمر كانت اتخذت بعد التحريم، والعصير تُلقب[(١)] في يوم واحد في حر الحجاز خمرًا، وهذا يردُّه ظاهر هذه الرواية.

ومنها: أن المحترمة ما اعتصر لقصد مُباح، والخمر قبل تحريمها قد لا تكون مباحة، بل باقية على الأصل، فلا يثبت لها وصف الاحترام؛ فلذلك أريقت ومنع من تخليلها.

واعلم أن الأدلة في حال الخمر قبل تحريمها متعارضة، فإنَّا إن نظرنا إلى أن الناس كانوا يشربونها ولا يُنكر عليهم، وقضية حمزة في السكر[(٢)] مشهورة، وغير ذلك اقتضى أن تكون مُباحة، ويعضده أحد التأويلين في قوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا﴾ [النحل: ٦٧]. وقوله: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ [النساء: ٤٣].

وأقوى دليل في ذلك ما ورد في الحديث: «**إِنَّ اللهَ يُعَرِّضُ بِالْخَمْرِ فَمَنْ كَانَ عِنْدَهُ مِنْهَا، فَلْيَبِعْهُ وَلْيَنْتَفِعْ بِهِ**»[(٣)].

وإن نظرنا إلى ما ادعاه الغزالي من أن السكر لم يزل محرمًا في كل ملة[(٤)]، وأخذنا بظاهر [٢/١٨٢] الحال من أن المحرمات نزلت شيئًا فشيئًا من غير أن يكون نسخًا لإباحة متقدمة، اقتضى ذلك ألا يحكم عليها بشيء ويكون سكوت النبي ﷺ؛ لأنه لم ينزل عليه فيها في ذلك الوقت شيء، فإن ثبت أنها كانت مباحة ظهر الرد على صاحب الوجه المذكور، وإن ثبت أنها كانت باقية على حكم الأصل، والأصل أن لا حكم قبل الشرع، فيبقى النظر

---

(١) كذا في المخطوطة، ولعل الصواب: تنقلب.

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٥)، ومسلم (١٩٧٩).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٧٨).

(٤) انظر: البحر المحيط للزركشي (٤/ ١٨٩).

في أن المحترمة ما عصر لقصد مباح أو لغير قصد محرم.

والثاني: أعم من الأول، والظاهر أنه المراد، وأنه لا يشترط قصد المباح، بل يكفي عدم قصد الحرام حتى لو عصرها صبي أو مجنون أو داس حيوان عليها فانعصرت، وصار من ذلك العصير خمر بغير قصد تكون محترمة؛ استصحابًا للاحترام الأصلي في العنب من غير أن يطرأ قصد فاسد، هذا الذي يظهر، ولم أره منقولًا، فإن ثبت ذلك، فخمر أيتام أبي طلحة محترم، ويظهر الرد على صاحب الوجه المذكور، وإلا فلا يتوجه الرد بذلك.

فإن قلت: إذا لم يتوجه الرد بذلك هل يتوجه بعموم حديث أنس: سئل النبي ﷺ عن الخمر تتخذ خلًّا؟ قال: «**لَا**»[1]، قلت: لو لم يعرف أصل الحديث، كان لنا التمسك بذلك لعمومه، ولكن الذي يظهر أن مراد أنس واقعة أبي طلحة، وكان السؤال منها عن خمر مخصوصة فجعل اللفظ شاملًا لغيرها ولغير ما في معناها بعيد.

نعم، يتمسك فيه بأثر عمر المتقدم، وبالتعليل الثاني، وهو أن المطروح في الخمر يتنجس بملاقاتها وتستمر بنجاسته.

وذكر الغزالي في «التحصين» طريقة أخرى أنها اتخذت لمقصود الخمر، وورود النسخ بإسقاط حرمة الخمور المهيأة للشرب، فاجتمع فيها النسخ اللاحق والإباحة السابقة، ونحن نريق مثل هذا الخمر، ولكن لا يوجد نظيره في زماننا.



---

(١) أخرجه مسلم (١٩٨٣).





هل يفرق بين الطرح بالقصد وأن يتفق من غير قصد كطرح الريح أو فتح رأس الدَّنِّ، فوقع فيه شيء؟

قال الرافعي[١] وغيره: «فيه اختلاف للأصحاب مبني على أن المعنى تحريم التخليل أو نجاسة المطروح فيه، والأظهر أنه لا فرق»، وهذا يدل على أن أصح العلتين عنده نجاسة المطروح، وعندنا خلافه كما سنذكره في التشميس.

وقال الروياني: «لو وقع ملح بإطارة الريح، فتخللت، طَهُر بلا شك كذا قاله الصيمري[٢]، وعندي يحتمل وجهًا آخر مما قال أصحابنا أنه إذا وقع فيه الملح ينجس، ثم بعد ما صارت خلًّا بقي نجاسة الملك»[٣] انتهى، وهذا الذي رجحه الرافعي هذا إذا كان الطرح في حالة التخمر.

فرع أما إذا طرح بصلًا أو ملحًا في العصير، واستعجل به الحموضة بعد الاشتداد، **فوجهان؛ أحدهما**: أنه إذا تخلل كان طاهرًا؛ لأن ما لاقاه إنما لاقى قبل التخمر، فيظهر طهارته كأجزاء الدن.

والثاني: لا، لأن المطروح فيه ينجس عند التخمر، وتستمر نجاسته بخلاف أجزاء الدَّنِّ للضرورة.

قال في «التهذيب»: «وهذا أصح»[٤]، وكذا اعتمده النووي في «الروضة»[٥]، وينبغي أن يكون الخلاف مرتبًا على العلتين تحريم

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٢).

(٢) في المخطوطة: «الصميري».

(٣) بحر المذهب (٥/ ٢٤٩).

(٤) التهذيب (١/ ١٨٨).

(٥) روضة الطالبين (٤/ ٧٢، ٧٣).

التخليل كان طاهرًا.

وإن قلنا بنجاسة المطروح: فالوجهان مأخذهما أنه هل يطهر بطهارتها كالدن أو لا؟ ولم ينظر الإمام إلى هذا المأخذ، وأشار إلى بناء الخلاف على العلتين، ورجح القول بالطهارة؛ لأنه يختار التعليل بتحريم التخليل[١].

وزعم ابن الرفعة: أن ما اختاره الإمام من الطهارة في هذه [٢/١٨٢ب] نص عليه الشافعي في «الأم»، إذ قال: «ولو رهنه عصيرًا فصبّ فيه الراهن خلًّا أو مِلْحًا أو ماء فصار خلًّا كان رهنًا بحاله»[٢]. انتهى. وهذا النص ليس فيه أنه صار خمرًا، ثم صار خلًّا حتى يؤخذ منه موافقة الإمام والتمسك بإطلاقه أو بكونه لا يصير خلًّا حتى يصير خمرًا ضعيف.

والظاهر أن الشافعي ما أراد إلا إذا صار خلًّا ولم يصر خمرًا، وذلك لا خلاف فيه، والذي قاله صاحب «التهذيب» أقوى، ولعل الرافعي إنما ترك تصحيحه، واقتصر على نسبته إليه؛ لما أشرت إليه من ترتيب الخلاف، ولو صح عنده البناء لصحح عدم الطهارة؛ بناء على العلة الصحيحة كما فعل في الفرع الذي قبله، ولو طرح العصير على الخل، وكان العصير غالبًا يغمر الخل عند الاشتداد، ففي طهارته إذا انقلب خلًّا هذان الوجهان، ولو كان الخل غالبًا يمنع العصير من الاشتداد، فلا بأس.

فرع علل الشيخ أبو محمد النجاسة في الفرع المتقدم، بأن تلك الأعيان لا حاجة إليها في التخليل كما قدمنا الإشارة إليه، فقال ابن الرفعة: قوله: تلك الأعيان لا حاجة إليها؛ احترز به عما إذا ألقى الماء في حالة العصير، فإنه يطهر قولًا واحدًا عند الاستحالة خلًّا، كما قاله في

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٥٨).
(٢) الأم (٣/ ١٦٢).

«التهذيب»؛ لأن به إليه حاجة. انتهى. وفي تحقيق الحاجة نظر؛ لأنه يمكن عصره بغير ماء.

فرعان ذكرهما القاضي أبو الطيب في ضمن حجاج الخصم:

أحدهما: إذا وضع في الخمر آجرَّة جديدة، وتخلل الخمر يجب أن نقول: يطهر؛ لأنها جامدة، يعني: والخمر لاقتها واستحالت خلًّا فزال حكم النجاسة.

قال: والجواب: أنها يطهر على طريقة لبعض الأصحاب.

نعم، القاضي جزم على هذه الطريقة بأن الموضوع في الخمر لو كان خلًّا، ونحوه أن الاستحالة لا تطهر ذلك؛ لأن المائع إذا نجس بملاقاة شيء لا يطهر بزواله، كما لو غمس في الخل عظم خنزير وأخرجه منه لا يطهر الخل، فكذلك لا يطهر باستحالة؛ لأن زواله أكثر من طهارته بالاستحالة.

ولأجل هذه العلة قال: **وهو الفرع الثاني** من هذين الفرعين: إذا تخلل النبيذ المتخذ من التمر والزبيب بعد أن كان خمرًا بنفسه لا يطهر بالاستحالة عند أصحابنا، فإن الماء المنجس الذي فيه يمنع من طهارة نبيذ التمر والزبيب بالاستحالة، يعني: لأنه لما استحال ذلك الخل إلى الشدة المطربة تنجس الماء، وهو لا يطهر بالاستحالة، فلذلك لم يطهر الكل بها.

ونقل هذين الفرعين ابن الرفعة عن القاضي أبي الطيب هكذا، وكنت سمعت من لفظه وهو يصنف في هذا المكان، أخبرني عن القاضي أبي الطيب بهذا الفرع الثاني، وقال: إنه لم يره من قبل تلك الليلة وتعليله كما قال، لكنه مشكل على الناس إن ثبت ما تقدم أنه لا يصير خلًّا حتى يصير خمرًا؛ فيلزم من ذلك مع ما قاله القاضي أبو الطيب عن الأصحاب انسداد طهارة خل التمر والزبيب.

وأقل مراتب هذا أن يخرج على الوجهين المتقدمين؛ فيما إذا طرح في العصير ما يستعجل به الحموضة وقد يفرق، ويقال: ما نحن فيه أولى بالطهارة؛ لأن نبيذ التمر والزبيب كله شيء واحد، صار بالشدة المطربة خمرًا نجسًا، فيصير بالتخلل خلًّا طاهرًا، أو لا يفصل حكم بعضه عن بعض؛ لأن إبعاضه لا تستقل (٢/١٨٣) بخلاف العصير والخمر الذي طرح فيه شيء خارج عنه لم ينتقل إلى طبيعته حتى يتنجس بتخمره، بل بملاقاة الخمر له، فلذلك لا يطهر بالتخلل؛ لأن التخلل لا ينقله عن طبيعته إلى سواها، وإذا لم يطهر بالتخلل لم يطهر الخل لاختلاطه به، ويصير كما لو خللت بعين، ونبيذ التمر ليس خمرًا خللت بعين، وإنما الماء والتمر كلاهما خمر تخلل، فلذلك تظهر طهارته إذا تخلل بنفسه كسائر الخمور، والتعلق بأن الماء ينجس بالتخمر ليس بجيد، فإن الماء هو الذي صار خمرًا، إنما اكتسبه من حلاوة التمر والزبيب، فليس متنجسًا، ولكنه نجس العين؛ إذ لم تلاقيه عين نجسة غيره.

وهذا القول وإن كنا لم نر أحدًا تقدمنا إليه، لكنه مأخوذ من الحكم بالطهارة فيما إذا ألقى في العصير ما يستعجل به الحموضة كما تقدم الخلاف.

ولا شك أن هذا أولى بالطهارة كما أوضحناه، ويؤيد ما تقدم من أن الماء الموضوع حالة العصير المحتاج إليه يطهر قولًا واحدًا، فإذا جزمنا بطهارته، وإن كان خارجًا عن الخمر للحاجة، فلأن يحكم بطهارة ما هو الخمر بعينه أو جزؤها أولى وأحرى.

وفي «فتاوى البغوي»[١] عن القاضي: «أنه لو ألقى ثوبًا في خمر وتركه فيه

(١) انظر: الغرر البهية للسنيكي (١/ ٤٩).

حتى صار خلًّا لا يطهر؛ لأن ما شربه الثوب لا يطهر؛ إذ لا ضرورة إليه بخلاف أجزاء الدن»، وفيها: «أنه إذا ألقى فيها حجر صلب أو حديدة ينبغي أن تطهر، ولو صب في العصير قطرة خمر تنجس، فإذا صار خمرًا ثم عاد خلًّا لا يطهر كما لو وقعت فيه شعرة، وكذا إذا أخرج الخمر من الدن ثم صب فيه عصير، فتخمر ثم تخلل، ولو نقل الخمر من محل إلى محل، أو فتح رأسه استعجالًا أو صبه من دن إلى دن»(١).

واعلم أن خمر العنب قد يشتمل على عناقيده، والعناقيد ليست جزءًا من الخمر، فهي مجاورة للخمر متنجسة به، فينبغي إذا تخللت تكون في طهارتها خلاف، كما قدمه القاضي أبو الطيب في الآجرَّة الجديدة، وكما قدمناه في طرح البصل ونحوه في العصير.

وقد تقدم عن صاحب «التهذيب»(٢) أن الأصح أنه لا يطهر إلا أن يقال: إن بقاء العناقيد لها صلاح للخل، فلا يضر بقاؤها للحاجة إليها، وهذا المعنى في الحبات أظهر؛ لأن فصلها عند العصر يذهب جزءًا من العصير مع ما في فصل العناقيد والحبات من المشقة، التي تبعد اعتماد الناس لها مع عموم الحاجة إلى الخل، وما زالت الناس في سائر الأعصار يتبايعونه، ولم ينقل توقفهم في ذلك، فالأقرب الحكم بالطهارة، وإن وجدت العناقيد والحبات ويحتمل على بعد أن يقال بخلافه.

وقد صرح القاضي حسين في «الفتاوى» بطهارتها فقال: «لو أدخل العنب مع العناقيد في الدن، وصار خلًّا يكون حلالًا وليس كالمعالجة، وكذا لو صب الماء في العصير استعجالًا للخل أو عصر العنب، فصب فيه الماء

(١) انظر: فتاوى ابن الصلاح (٢/ ٥٨٤).
(٢) التهذيب (١/ ١٨٨).

استعجالًا للخل، فصار خلًّا فهو طاهر؛ لأن حبات العنقود تتشرب الماء، وهو طاهر»[١]. انتهى ما قاله في «الفتاوى» وتسويته بينه وبين إلقاء الماء في العصير؛ يقتضي أن القائل بعدم الطهارة إذا ألقى الماء في العصير يقول به في العناقيد، ولكنا نفرق بينهما بما سبق، فإن صحت التسوية بينهما، فعلى هذا ليس لنا خل عنب طاهرًا يقينًا، إلا إذا صفِّي من عناقيده قبل التخمر بحيث يبقى مائعًا صرفًا ليس فيه شيء من الحبات ولا من العروق، ⇑ [٢/١٨٣ب] فهذا هو الذي يطهر إذا استحال بنفسه يقينًا.

ومسألة العناقيد هذه لم أرها منقولة في غير «فتاوى القاضي حسين»، وإنما المنقول المشهور ما قاله القاضي حسين وغيره، أن العناقيد إذا استحالت أجواف حباتها خمرًا، ففي جواز بيعها اعتمادًا على طهارة ظاهرها في الحال، وتوقع فائدتها في المال وجهان، المذهب: المنع وطردوهما في البيضة المستحيل باطنها دمًا، ولما أبدى القاضي احتمال جواز البيع ألزم النجاسة، فلم يجب.

قال الإمام: «وهذا عظيم، فإن متضمنها الخمر الشديدة، ولا يليق بقاء عدتنا أن يُنفى حكم النجاسة عما في بطنها، ثم نقول: لو اعتصرت صارت نجسة، والانفصال لا يثبت النجاسة، وهذا يوافق قول أبي حنيفة أن الدم في العروق في خلل اللحم ليس نجسًا، وإذا سفح اكتسب النجاسة، ولا خروج للبيع إلا على طهارة الظاهر»[٢]، وفائدته المنتظرة عند التخلل.

ولهذا علل به الغزالي والرافعي[٣] وأضربا عن التوقف في نجاسة

---

(١) انظر: الغرر البهية للسنيكي (١/ ٤٩).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٥٩) بمعناه.

(٣) فتح العزيز (٤/ ٤٨٣).

الباطن، وقطع الغزالي بنجاسته وأجرى الوجهين في البيع[1]، ورأى ابن الرفعة القطع بمنع البيع أيضًا كما لو قال: رهنتك هذه الخريطة وما في باطنها مجهول وهي لا قيمة لها، وهذا الذي قال ابن الرفعة يلزم الغزالي، ولا يلزم القاضي لتوقفه في النجاسة.

قال الإمام: «وإذا صححنا بيع العنقود، فلا فرق بين أن تكون طازجة في الدن قصد بذلك الخلية أو الخمرية؛ لأن العادة أن من يقصد الخمر يعتصره ولا يصب في الدِّنان إلا العصير، فإن عفوصة العنقود تفسد شدة الخمر، فإذا وجدنا العناقيد لم نعوِّل على قصد المتخذ، إذا كان ما وجدناه مائلًا عن عادة من يقتني الخمور»[2].

وقد أغرب الشيخ أبو علي فحكى في بيع الخمرة المحترمة وطهارتها ترددًا.

قال الإمام: «وهذا خرم للمذهب ومصادمة للقاعدة»[3]، وعلى وجه الصحة والطهارة يضمن متلفها البدل، وكذا يضمن العناقيد إذا جوزنا بيعها وإن لم نجوز ذلك، وكان الخمر محترمًا، فليس على المتلف، إلا الإثم والتوبيخ والتأديب على ما يراه ولي الأمر، وإذا غرمناه البدل فما هو؟

قال القاضي حسين قبيل باب بيع البراءة: إذا اريقت الخمر التي عصرت للخل على طريق الغصب، فهل يضمنها المريق؟ وجهان إن قلنا يضمن، قال رضي الله عنه: يقال: كم كانت قيمته لو صار خلًّا، وكم قيمته في طريق مصيره خلًّا فنوجب ذلك عليه.

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٩٤).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٥٩ - ١٦٠) بمعناه.

(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٦٠).

فرع إذا خلل خمرًا بدواءٍ فيه **وجهان؛ أحدهما**: أنه خل على الإطلاق إلا أنه نجس.

والثاني: أنه لا يُسمَّى خلًّا ولا خمرًا حكاهما الروياني(١).

وقال القاضي حسين: إذا خللها بمعالجة بإلقاء ملح أو نحوه لم تَحِلَّ ويجب إراقتها كما قبل التخليل، ولا يَحِلُّ شربها ولا حَدَّ في شربها؛ لأن الحد للزجر، وفي الطباع نفرة عنها ولا يفسق شاربها؛ لأن الإنسان لا يفسق بكل معصية ولا يكفر مستحلها؛ لأن التكفير نتيجة الإجماع.

فرع إمساك الخمرة المحترمة إلى أن تصير خلًّا جائز، والتي هي غير محترمة لا يجوز إمساكها ويجب إراقتها، لكن لو لم يرقها حتى تخللت بنفسها، فهي طاهرة أيضًا؛ لأن النجاسة والتحريم إنما تثبت للشدة، وقد زالت هذا ما به الفتوى.

وحكى الإمام عن بعض الخلافيين: أنه لا يجوز إمساك الخمر المحترمة، بل يضرب عن العصير حتى يصير خلًّا، فإن اتفقت منا اطِّلاعة وهي خمر أرقنا(٢).

وقد ذكر القاضي [٢/١٨٤] ؒ الحسين هذا في «تعليقه» فقال: وإذا صب العصير في الدنِّ بنية الخل، ففتح رأسه فوجده خلًّا لا خلاف أنه حلال، فأما إذا فتح رأسه، فوجده خمرًا المذهب أنه يحل له إمساكه حتى يصير خلًّا.

ومن أصحابنا من قال: إنما يحل إذا لم يعلم مصيره خمرًا، فأما إذا علم

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٤٩).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٥٧) بمعناه.

عصيره خمرًا، وأمسك لا يحل، وهذا ليس بمذهب.

وذكر الحناطي في غير المحترمة وجهًا: أنه لو أمسكها حتى تخللت لم تحل ولم تطهر؛ لأن إمساكها حرام فلا تستفاد به نعمة.

وذكر القاضي حسين: «أنه إن أمسكها لتصير خلًّا، فمرتب على ما لو عرض للريح والشمس إن قلنا هناك: يحل فهنا أولى، وإلا فوجهان؛ لأنه فعل ضعيف، وأنه قصد مصيره خلًّا، وإن أمسكها لتزداد قوتها، فصارت خلًّا فمرتب على ما لو أمسكها لتصير خلًّا إن قلنا هناك: لا يحل فهنا أولى، وإلا فوجهان، والفرق أنه قصد ما هو مباح وهنا قصد محظور». انتهى.

وعلى كل تقدير الإمساك حرام والإراقة واجبه على الفور بلا خلاف أعلمه، وإنما الخلاف في الطهارة، ففيمًا إذا قصد بالإمساك الخل وجهان؛ لأن الإمساك وإن كان محرمًا، فهو لغرض مباح، وإذا أمسك لا لقصد شيء أصلًا فيأتي فيه وجه الحناطي، ويظهر أنه مرتب على قصد الخل، وأولى بعدم الطهارة، وإذا قصد قوة الخمرية فتخللت فمرتب على ذلك وأولى بعدم الطهارة وتحريم الإمساك ثابت في الجميع.

وأما قول الغزالي في «الوجيز»[1]: «والتخليل بإلقاء الملح حرام، وبالإمساك غير حرام، وكذا بالنقل من الظل إلى الشمس على الأصح»، فقد تكلم الرافعي عليه وقال: «إن قوله: والإمساك غير حرام لا يمكن إجراؤه على إطلاقه؛ لأن الإمساك حرام في غير المحترمة والإراقة واجبة، والكلام في أنه لو اتفق الإمساك، وتخللت لم تطهر هذا هو المشهور، والذي في طريقة الصيدلاني من تجويز الإمساك على قصد أن تصير خلًّا وعدم وجوب الإراقة، فهو مما يستغرب، فإذا هو مخصوص بالمحترمة

(١) الوجيز (١/ ٣٣٠، ٣٣١) بمعناه.

لكنه غير مستحسن من جهة النظم؛ لأنه على خلاف ما قبله وما بعده، وليس في اللفظ ما يدل عليه»[١]. انتهى.

وما نقله عن طريق الصيدلاني لا يكفي استغرابه، بل يجب رده إن لم يحمل على المحترمة؛ لمخالفته الحديث الصحيح في الأمر بالإراقة، ولعل الصيدلاني إنما أراد المحترمة على أن كلام الغزالي ليس صريحًا في أن الإمساك غير حرام، بل إن التخليل بالإمساك غير حرام.

وقد نقول بأن معنى هذه العبارة لا يستلزم معنى تلك، وفي «البحر» عبارة مشكلة، فإنه قال: «فرع: إمساكها بنية المعالجة حرام، وأما إمساكها بنية أن تصير بنفسها خلًّا. قال أبو حامد: لا يجوز ذلك عندي، ولكنه لو خالف، فصارت خلًّا حلَّ، وقال القفال وجماعة: «يجوز إمساكها إذا كانت نيته الخل، وإنما يحرم إمساكها إذا كان قصده الشرب أو البيع أو يخاف على نفسه شربها، وهذا هو الصحيح عندي»[٢]. انتهى. فإن كان مراده المحترمة وهو الظاهر، فالنقل عن أبي حامد غريب وهو موافق لما نقله الإمام عن بعض الخلافيين، ثم نقله عن غيره تحريم الإمساك يقصد الشرب والبيع، والخوف على نفسه الشرب مما يستفاد وينظر فيه؛ لأنه ليس إنشاء فعل لم يتكلم ولم يعمل، فينبغي ألا يأثم حتى يحقق ما قصده.

وإن كان مراده غير المحترمة، ففي غاية البعد أن يقال: يجوز إمساكها ⇑ بقصد أن تصير خلًّا وتصحيحه أبعد. [٢/١٨٤ب]

فإن قلت: ما ذكرته من المنقول عن طريقة الصيدلاني ومن كلام الغزالي، والروياني هذا يقتضي أن في إمساك غير المحترمة خلافًا وأنه

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٣).

(٢) انظر: بحر المذهب (٥/ ٢٥٠).

لا يقطع بتحريمها.

قلت: كلام الثلاثة ليس صريحًا في الخلاف، فلا يجوز إثباته بالاحتمال، والصواب: القطع بالتحريم، ولأجل احتمال كلامهم للخلاف قيدت كلامي فيما تقدم، وقلت: بلا خلاف أعلمه، فإنما نعيت علمي بالخلاف، وذلك صحيح مع الاحتمال نقلًا لا دليلًا.

فرع لو كان ينقل الخمر من الظل إلى الشمس وعكسه أو يفتح رأسها؛ ليصيبها الهواء استعجالًا للحموضة **فوجهان؛ أحدهما**: لا تطهر كما لو طرح فيها شيئًا، وهذا اختيار ابن أبي هريرة، وأبي سهل الصعلوكي[1]، وهو مقتضى إطلاق جماعة من العراقيين أنها لا تطهر، إلا إذا استحالت بنفسها من غير علاج، ومقتضى كلام الشافعي أيضًا أنها لا تحل إذا أفسدت بعمل آدمي، ومقتضى إطلاق الأثر الذي رويناه عن عمر، ومقتضى إطلاق المصنف في «التنبيه» وصححه ابن أبي عصرون واستدل له المصنف في «المهذب» «بأنه فعل محظور توصل به إلى استعجال ما يحل في الثاني، فلم يحل به، كما لو قتل مورثه أو نفَّر صيدًا حتى خرج من الحرم إلى الحل»[2]. انتهى.

وعلى هذا لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها؛ لأنها ليست بخمر في الحال.

والثاني: وهو اختيار الشيخ أبي حامد، وقال: إنه المذهب، والأصح عند الغزالي، والرافعي: أنها تطهر؛ لزوال الشدة من غير نجاسة تلحقها.

---

(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٤٨٣).

(٢) المهذب (١/ ٩٤).

والوجهان بناهما القاضي حسين، والغزالي، على العلتين في بقاء النجاسة إذا خللت بطرح شيء فيها. **إن قلنا**: العلة تحريم التخليل فهو نجس، **وإن قلنا**: نجاسة المطروح، فهو طاهر.

والغزالي يرى التعليل بنجاسة المطروح، وكذلك الرافعي على ما ظهر في كلامه، فلا جرم، صححا الطهارة، وكذلك الشيخ أبو حامد ومقتضى تضعيف القاضي حسين والإمام لهذه العلة أن يكون الأصح عندهما أنه لا يطهر، كما صححه ابن أبي عصرون.

لكن الإمام قال: «لا حاجة إلى البناء فإن علة النجاسة باطلة قطعًا، وتوجيه الوجهين في التشميس يهون من غير بناء، فأحد القائلين يتمسك بقصد التخليل المحرم.

والثاني: بأن الخمر تحل اعتبارًا بالإمساك»[1]، يعني: يكون كما لو أمسكها لتصير خلًّا فتخللت بنفسها.

وقد سبق **فيها وجهان؛ والأصح منهما**: أنها تطهر، ولك أن تفرق أنه إذا أمسكها فتخللت بنفسها فالحرام الإمساك، وهو منفك عن سبب التخليل، فلذلك يقول بالطهارة؛ لأنها تخللت بنفسها.

وأما التشميس، فهو سبب مصيرها خلًّا، وهو صنعة آدمي فمن جعل العلة عند الطرح فعل الآدمي، يلزمه أن يقول بالنجاسة هنا، والحق البناء على العلتين، ويجب عليك أن تنظر في الأصح من العلتين، أما تحريم التخليل فقد أورد عليه أنه لو دبغ بآلة مغصوبة طهر الجلد، وكذا لو دبغ جلد الغير بغير إذنه الفعل حرام، ويحصل به التطهير.

وهذا الإيراد ضعيف؛ لأن المطهر الدبغ من حيث هو دبغ، والحرام هذا

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٥٦، ١٥٧) بمعناه.

الدبغ المخصوص، وهما غيران، وأما التخليل فإنه من حيث هو تخليل حرام فلا يمكن أن يكون سببًا في الحل، وأورد أن التخليل لم يحرم لعينه من حيث هو تخليل، ولكن لما فيه من تأخير الإراقة الواجبة.

وأجيب: بالتمسك بالحديث؛ لأن النبي ﷺ أمر بالإراقة ومنع التخليل، وهما حكمان، فقد ظهر أن هذه العلة مستقيمة سالمة مما يرد عليها.

وأما التعليل بالنجاسة، فقال الإمام: «لا معنى لتنجس العين إلا باتصال الخمر بها، وإلا فجوهر تلك العين الواردة على الخمر طاهر، فإذا انقلب الخمر خلًّا، فمن ضرورة ذلك أن تنقلب [٢/١٨٥] تلك الأجزاء التي لاقت العين الواردة على الخمر»[١].

والماوردي أفسد التعليل المذكور أيضًا بطريق آخر وهو «أن الماء ينجس بملاقاة النجاسة في محلها، وهو لا يمنع من إزالة حكمها، والشب والقرظ في الدباغ ينجس بملاقاة جلد الميته ولا يمنع من تطهيره، فما المانع من أن يكون ما يلقى في الخمر من الخل وغيره كذلك»[٢]. انتهى.

وكلام الماوردي هذا ينبه على شيء لا بد من التنبيه له، وهو أنا إذا قلنا: لا يطهر الخمر بالتخليل؛ فمعناه عند من علل بتحريم التخليل، لا شك أنه دوام نجاسة عينها.

وأما عند من علل بنجاسة المطروح، فهل معناه كذلك أيضًا، وأن حالها لم يتغير، وهي نجسة العين، أو أنها طهرت عينها بالانقلاب وصارت متنجسة بالعين المطروحة فيها؟

كلام الماوردي الذي حكيناه يرشد إلى الأول، وإلا لما حسن الرد

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٥٦) بمعناه.

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ١١٤) بمعناه.

المذكور، فإن قلت: وكلام الإمام يرشد إلى الثاني.

قلت: لا وإنما يصلح أن يكون مكملًا له؛ لأن مَن ورد عليه ذلك قد يقول: إن المانع أنه لو قيل بطهارة عينها؛ لكانت متنجسة بالعين المطروحة فيها وهي من المائعات التي لا يمكن تطهيرها، فلا يبقى للحكم بطهارة عينها فائدة.

فأجاب الإمام عن كونها تصير متنجسة: بأن العين المطروحة أيضًا تطهر بانقلاب ما لاقاها من النجاسة[1]، والماوردي يحتمل أن يوافق على هذا الجواب، ويحتمل أن يمنع؛ لأن العين المتنجسة لا تطهر إلا بالماء، وإنما قلنا بطهارة الدن للضرورة، وعلى هذا التقدير قد يختلف الحكم في الحكم ببقاء نجاسة عين الخمر المتخللة، أو بتنجيسها إذا صب عليها ماءً كثيرًا، وقلنا بطهارة الغسالة، كما أبداه الرافعي في «الشرح الصغير» احتمالًا، وإن كان المنقول أن المائع - غير الدهن - لا يطهر من غير خلاف نعلمه.

والقدر المستفاد هنا من كلام الماوردي معرفة أن نجاسة العين باقية على العلتين، وهو الظاهر من كلام الأصحاب وفحواه، وقد كنت قلت في «شرح المنهاج»: إن في التعليل بالنجاسة نظرًا يتلقى مما قدمناه عن النووي في زوال التغير بالتراب، أعني: قوله: «إذا زال التغير بالتراب لا يعطي الماء حكم المتغير بتراب متنجس؛ لأن نجاسة التراب نجاسة مجاورة للماء النجس، فإذا زالت نجاسة الماء طهر التراب والماء جميعًا؛ لأن عينه طاهرة»[2].

وكلام الإمام هنا يؤيد ما قاله النووي في التراب، وكلام الماوردي يزيل

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٥٦) بمعناه.

(٢) المجموع (١/ ١٣٥) بمعناه.

ما ذكرته هناك من النظر، ويبين أن المحكوم به النجاسة العينية بخلاف مسألة التراب، فإن الكلام فيها في التنجس.

فإن قلت: هذا بحسب ما اقتضاه كلام الماوردي، وقد يكون صاحب هذه العلة لا يقول بذلك، ونقول: أنها صارت متنجسة كما يشير إليه قول الرافعي: «إن النجاسة تخلف الشدة».

قلت: متى قال بذلك نرد عليه بتحريم الشارع التخليل لغير معنى خارج عنه، ومتى حرم الشيء لعينه بطل ما يترتب عليه، وبهذا نبين أن أصح العلتين: هو تحريم التخليل، ويلزم منه أن يكون نقلها من الظل إلى الشمس وعكسه غير مطهر في الأصح، وأنه إذا اتفق الطرح من غير قصد طهرت في الأصح، وكذلك إذا ألقي في العصير ما يستعجل به الحموضة بخلاف ما تقدم تصحيحه عن الرافعي والبغوي في هذه المسائل الثلاث، هذا كله في غير المحترمة.

أما المحترمة إذا نقلها من الظل إلى الشمس وعكسه، فقال الرافعي: «إنها أولى [٢/١٨٥ب] بالجواز»[1]، يعني: لأن إمساك المحترمة جائز، وإمساك غير المحترمة حرام، وحينئذ نقول: إن عللنا بنجاسة المطروح، فهي مفقودة هنا فتطهر، وإن عللنا بتحريم التخليل فينبني على أن تخليل المحترمة هل يجوز؟ وفيه وجهان تقدَّما، فإن جوزنا، فهي طاهرة أيضًا، وإن منعناه فهي نجسة.

ولما كان الغزالي يرى التعليل بالنجاسة، جزم هنا بالطهارة، وهو الأصح عند الرافعي بطريق الأولى؛ لأن الأصح عنده التعليل بالنجاسة.

وأما على قول الإمام والقاضي حسين واختيارهما التعليل بتحريم

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٤٨٣).

التخليل، ونحن قد صححناه، والمشهور أنه لا فرق في تحريم التخليل بين المحترمة وغيرها، فيظهر أن الأصح عدم الطهارة، لكن في كلام الشيخ أبي حامد جواب، وهو أن الذي وجد من الآدمي النقل من موضع إلى موضع، والاستحالة تحصل بشدة الحر أو شدة البرد.

فرع تلخص أن الخمر محترمة كانت أو غير محترمة إذا تخللت بنفسها من غير فعل ولا إمساك طهرت اتفاقًا، وإن خللت بإلقاء عين فيها حرمت اتفاقًا، وإن خللت بفعل غير عين فوجهان، وإن أمسكت بقصد، فتخللت بنفسها طهرت المحترمة، وكذا غير المحترمة في الأصح، وإن ألقي فيها عين فتخللت بنفسها من غير أن يكون للمطروح أثر في التخليل، ممن علل بتحريم التخليل يقول بالطهارة، ومن علل بالنجاسة يمنع.

وعلى هذا يكون معنى قول «الحاوي الصغير»: والطهر لخمر تخللت بلا عين معناه حال كونها خالية عن عين؛ ليوافق رأي الرافعي في أن العلة النجاسة، وعلى رأي الإمام يصح اللفظ المذكور، بمعنى: أن تخللها بسبب غير عين.

فرع الخمر التي عصرت للخل ونحوه إذا استحكمت وأيس أهل الصناعة من عودها خلًّا إلا بصنع آدميٍّ، قال ابن الرفعة: الأشبه فيما يظنه أنه لا يجوز إمساكها.

قلت: هذا صحيح؛ إذ قالوا: لا تجيء خلًّا إلا بإلقاء عين فيها، أو إذا كانت تجيء بالنقل من الظل إلى الشمس وعكسه، ولكن منعنا تخليل المحترمة بالنقل، أما إذا جوزناه، فيجوز إمساكها وجعل خمر أيتام أبي



طلحة ممّا أُيس من صلاحه إلا بالتخليل؛ فلذلك أريقت، وغالب الخمور التي تباع تكون كذلك، بخلاف المنتظر مصيرها خلًّا قبل استحكامها.

فرع متى تخللت الخمر وحكمنا بطهارتها، فتطهر أجزاء الظرف أيضًا للضرورة، ولا فرق بين أن يكون الظرف مما يتشرب كالفخار، أو لا؛ كالزجاج هذا هو المذهب المشهور.

وفي «البيان»[1]: «أن الداركي قال ذلك فيما لا يتشرب كالزجاج، أما غيره فلا يطهر»، وكما يطهر ما يلاقي الخمر بعد التخلل، يطهر ما فوقه الذي أصابته الخمر في حال الغليان، قاله القاضي حسين وأبو الربيع الإيلاقي وهو بكسر الهمزة وبالياء المثناة تحت، وبالقاف، منسوب إلى إيلاق ناحية من بلاد الشاش، واسم أبي الربيع هذا طاهر بن عبد الله إمام جليل من أصحاب القفال المروزي وأبي إسحاق الإسفرايني.

فرع في تحقيق معنى الخمرة المحترمة وغير المحترمة، قال الرافعي هنا: «المحترمة التي اتخذ عصيرها؛ ليصير خلًّا، وغير المحترمة التي اتخذ عصيرها، لغرض الخمرية»[2]، وذكر في باب الغصب فيما إذا غصب عصيرًا وتخمر في يده، أنه يجب على الغاصب إراقة الخمر.

قال: «ولو [٢/١٨٦] جعلت محترمة، كما لو تخمرت في يد المالك من غير قصد الخمرية جاز»[3]. انتهى.

وهذه العبارة أعم من الأولى؛ لأن عدم قصد الخمرية يشمل قصد الخلِّيَّة

---

(١) (١/ ٤٢٧) بمعناه.
(٢) فتح العزيز (٤/ ٤٨١).
(٣) فتح العزيز (٥/ ٤٥٢).

وغيرها، وألا يقصد شيئًا، وهذا هو الذي ينبغي اعتماده؛ لأن الأصل الاحترام إلا أن يوجد قصد فاسد، فإذا لم يوجد قصد أصلًا كانت محترمة، وقد يتخمر ما في العناقيد من غير عصر، أو ينعصر من غير عصر آدمي، وما أشبه ذلك.

وفي هذا كله تكون محترمة، واشتهر بين الفقهاء أن المحترمة: ما اعتصر لقصد الخلية، وغير المحترمة لقصد الخمرية.

وعلى هذا يدل كلام الغزالي، وكان مراد الغزالي ذكر الحالتين العاليتين وإلا فينتقض بما ذكرناه بغيره، وليس هذا مما يختلف فيه، بل هو راجع إلى تحرير عبارة فليقطع الناظر بأن المحترمة ما لم يقصد بها الخمرية وغير المحترمة ما قصد بها الخمرية، ثم هذا القصد متى يُعتبر ما ذكرناه من كلام الغزالي يقتضي أن يكون عند العصر.

وعبارة الرافعي التي ذكرناها في قوله: اتخذ عصيرها يدخل فيها ذلك ويدخل فيها أيضًا ما إذا اشترى العصير بهذا القصد، وفي عبارة القاضي حسين ما يقتضي اعتبار حالة وضعه في الدنِّ؛ ولذلك قال ابن الرفعة: «المحترمة ما عصر لأمر مباح من خل أو غيره، وكذا إذا عصرت من غير نية شيء، ووضعت في الدن ثم قصد بها بعد الوضع الخلية»[١].

نعم، لو تخمرت ثم قصد إمساكها بعد التخمر إلى أن تصير خلًّا، فهل يحرم الإمساك؟

قال القاضي حسين: **يحتمل وجهين؛ أحدهما**: يحل وهو الأظهر؛ لأن صبه في الدن لم يكن بنية الخمرية؛ أي: وعلى هذا يكون كما لو عصرت للخلية.

---

(١) كفاية النبيه (٢/ ٢٦٣).

والثاني: لا يحل؛ لأنه لم يوجد منه نية الخل قبل صيرورتها خمرًا.

وقال ابن الرفعة في غير المحترمة: الأحسن أن يقول: ما وضع من العصير في الدن ونحوه يقصد الخمرية، فإنه لو لم يقصد ذلك حالة العصر وقصده حالة الوضع كان غير محترم.

قال القاضي حسين: ولم لم يكن له نية حالة الوضع لكنه نوى بعده الخمرية، فالأمر كذلك. انتهى. فخرج من كلام القاضي الحسين أنه إذا لم يقصد عند العصر شيئًا، فإن قصد عند الوضع في الدن أو بعده، وقبل التخمر الخمرية كانت غير محترمة، وإن قصد الخلية كانت محترمة، **وإن لم يقصد شيئًا حتى تخمرت فوجهان؛ أصحهما**: أنها محترمة.

والثاني: أنها غير محترمة.

وتحصلنا على مراتب:

الأولى: القصد عند العصر، وهو مؤثر قطعًا إن قصد الخمرية كانت غير محترمة، وإن قصد الخلية ونحوها كانت محترمة.

المرتبة الثانية: إذا لم يقصد شيئًا عند العصر، ولكن قصد عند الوضع في الدن، فهو كحالة العصر على ما قاله القاضي حسين وهو صحيح؛ لأن الوعاء معدٌّ لما يراد به العصير، فإذا اقترن القصد به حصل الفعل المحتمل لكلٍّ من الأمرين، والقصد المميز له، فيترتب عليه حكمه كما يترتب على العصر.

ولا شك أن العصر يشبه السبب الفاعلي، والوضع في الدن يشبه السبب القابلي، فكل منهما إذا انضم إليه القصد صار سببًا في اتخاذ المقصود من خل أو خمر، فيترتب عليه حكمه.

المرتبة الثالثة: إذا لم يقصد عند العصر، ولا عند الوضع، وقصد بعد

ذلك قبل التخمر، فقد اقتضى كلام القاضي حسين أنها تصير غير محترمة، وفيه نظر؛ لأنه [٢/١٨٦ب] قصدٌ مجردٌ عن فعل، فيلتحق بالقصود التي رفع الشارع حكمها ما لم يتصل بها المقصود إلا أن يقال: إن الإمساك مع هذا القصد كافٍ، كما يكفي قصد القنية مع الإمساك في قطع التجارة، وليس كقصد الخيانة في الوديعة، فإن الخيانة فعل مقصده لا يحققه.

والخمرية هنا صفة تحصل للعصير، وإنما من القاصد القصد والإمساك، فلذلك تصير بالقصد الحرام غير محترمة، وقياس هذا أن هذا القصد لو طرأ بعد العصر وقبل وضعها في الدن أن تكون كذلك غير محترمة.

المرتبة الرابعة: لو لم يقصد شيئًا إلى أن تخمر، **فالأصح**: أنها محترمة. **والثاني**: أنها غير محترمة.

وتلخص لك أن المحترمة على الأصح ما لم يقصد بها الخمرية قبل التخمر، وعلى الوجه الثاني ما قصدت خلّيتها قبل التخمر، وغير المحترمة على الأصح ما قصدت خمريتها قبل التخمر، وعلى الوجه الثاني ما قصدت خمرتيها ولو بعد التخمر هذا كله إذا لم يوجد قصد في الحالة الأولى، ووجد فيما بعدها، فلو وجد قصد في حالة ثم قصد ضده فيما بعدها، فقد ذكر القاضي حسين ما نصه: أما الخمر المتخذة بنية الخل بأن صب العصير في الدن بنية الخل أو صب العصير في الدن بنية الخمر، ثم قبل أن يصير خمرًا نوى إمساكها للخل، فإذا صارت خمرًا يحل إمساكها، ولا يجوز إراقتها، لكنها نجسة لا يحل شربها وبيعها، ولا ضمان على من أراقها وإن خللها بالمعالجة فوجهان. انتهى.

فقد دخل فيما ذكره من ضابط الخمر المحترمة أن يصب العصير في الدن بنية الخمر، ثم قبل أن تصير خمرًا ينوي إمساكها للخل، وقياس هذا أنه لو

عصرها بنية الخمر، ثم نوى بعد ذلك قبل مصيرها خمرًا إمساكها للخل أن تصير محترمة، وهذا محل نظر كيف يزول القصد المقترن بالفعل الثالث حكمه بالقصد المجرد، فإن صح ما قاله القاضي حسين، فالمعتبر الحالة التي يعقبها التخمر إن كان قصد الخمرية موجودًا كانت غير محترمة، وإلا كانت محترمة، وأعني بوجوده وجوده حقيقة أو استصحابًا بأن يكون قصد قبل ذلك ولم يطرأ ما يقطعه.

فرع قال القاضي حسين: إن أبا حنيفة مع قوله: إن الخمر تحل بالتخليل وافقنا فيما لو ألقى شيئًا من الحلاوة فيها حتى صارت خلًّا؛ أنها لا تحل.

فرع قال الماوردي: «إذا صارت خمرًا في يد المرتهن، فلم يرقه حتى صار خلًّا، فقال الراهن: صارت خلًّا بنفسها، وقال المرتهن: صارت خلًّا بالتخليل، فقد بطل الرهن بدعوى المرتهن، ثم القول قول الراهن أنها استحالت خلًّا بنفسها وله بيعها والتفرد بثمنها، ولو قال المرتهن: استحالت بنفسها، وقال الراهن بالتخليل **فوجهان؛ أحدهما:** القول قول المرتهن ويكون رهنًا.

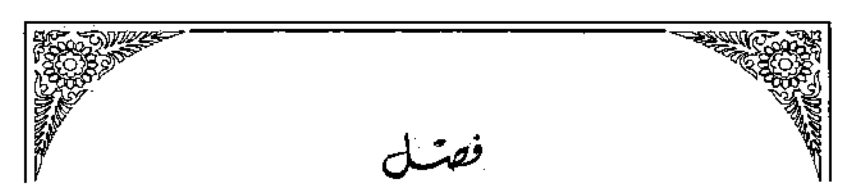
والثاني: القول قول الراهن ويبطل الرهن، وتحرم على الراهن.

وهما مخرجان من اختلاف قوليه في إقرار الراهن بجناية المرهون وإنكار المرتهن»(١).



(١) الحاوي الكبير (٦/١١٨).

قال:



فصل

[في تلف الرهون]

وإن تلف الرهن في يد المرتهن من غير تفريط؛ تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شيء؛ لما روى سعيد بن المسيب قال: قضى رسول الله ﷺ أن الرهن لا يَغْلَق، والرهن ممن رهنه، ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه، فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن.



الشرح

هذا الحديث قد تقدم عند زوائد الرهن ذكره المصنف هناك مسندًا، وهنا مرسلًا، كأنه أراد ؓ [١٢/١٨٧] أن يجمع بين الطريقين وقدم المسند، ليكون المرسل بعده معتضدًا به.

ومذهب الشافعي الاحتجاج بمرسل ابن المسيب ونحوه إذا اعتضد[١]، وهذا المرسل بلفظ: «قضى» رواه أبو داود في «المراسيل»[٢] عن أحمد بن يونس عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن ابن المسيب قال: قضى رسول الله ﷺ: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ، لِصَاحِبِهِ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ»**.

وقد تقدم من قبل أن هذه الزيادة مدرجة، ولما كانت مقصود المصنف

(١) انظر: الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي (ص٤٠٤).

(٢) مراسيل أبي داود (١٨٧).

حكم الغنم ذكرها ومقصوده هنا الضمان، فلم يذكر الطريق التي هي فيه، واقتصر على قوله: «**الرهن ممن رهنه**»، فإنه الناصر على أنه من ضمان الراهن، وإن كان قوله: «**وعليه غرمه**» أيضًا يدل له، وقوله: «قضى»، إما أن يحمل على قضاء عام، كقوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ﴾ [الإسراء: ٢٣]، أي: أمر، وإما أن يكون قضى في واقعة خاصة، فإنا قدمنا عن ابن أبي شيبة رواية قصّه فيها القضاء بذلك، وإن كان الحكم يعم، وتقدم الكلام على تفسير الحديث.

وقد اختلف العلماء في ضمان الرهن. قال ابن المنذر: «**افترق أهل العلم في الرهن يهلك عند المرتهن خمس فرق، فقالت فرقة**: يترادان الفضل روي هذا القول عن علي بن أبي طالب، وبه قال عبيد الله بن الحسن، وأبو عبيد وإسحاق.

وقالت فرقة: يكون من مال الراهن وحق المرتهن ثابت على الراهن، هذا قول الشافعي، وأحمد، وأبي ثور.

وقالت فرقة: ذهبت الرهان بما فيها. يروى هذا القول عن شريح، والحسن، والشعبي.

وقالت فرقة: إن كان الرهن أكثر مما رهن فيه فهلك، فهو بما فيه، والمرتهن أمين في الفضل، وإن كان أقل رد عليه النقصان، هكذا قال النخعي، وسفيان الثوري، وأصحاب الرأي.

وقالت فرقة: إن كان الرهن مما يظهر تلفه مثل الحيوان والأرض والدار، فهو من الراهن إذا علم بهلاكه، وإن كان مما لا يعلم فهو من مال المرتهن وهو لقيمته ضامن، هذا قول مالك.

قال أبو بكر: بقول الشافعي أقول؛ لأن ملك الرهن للراهن وإذا تلف

فتلفه من مال مالكه»(١). انتهى ما قاله ابن المنذر.

وفي «مصنف ابن أبي شيبة»(٢) عن الحسن بن صالح: «نفقة الرهن على المرتهن»؛ لأنه في ضمانه، وعن الشعبي وإبراهيم قالا: ما ذهب من الرهن من شيء، فبحساب ذلك، ونقل القاضي أبو الطيب كون الرهن أمانة عن علي بن أبي طالب وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي وأبي عبيد مع من تقدم.

وذكر صاحب «البيان»(٣) أنها إحدى الروايتين عن علي، وذكر البويطي أن الشافعي استدل لكون الرهن أمانة بأن الناس إذا اختلفوا ولم يكن عن رسول الله ﷺ سُنة منصوصة ولا عن أصحابه، فالأمر في ذلك أن يشبه الشيء بالسنة، وما لم يختلف فيه العلماء، وقد أجمعوا على أنه أمانة في بعض المواضع، أما المدنيون فقالوا فيما يظهر: هو أمانة.

وقال العراقيون: إذا كان فضل عن قيمة دينه، فهو أمانة، فلما أجمعوا في هذين الموضعين على أنه أمانة مع قول رسول الله ﷺ: «**لَهُ غُنْمُهُ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ**»، وإجماع العلماء أنه لو رهن جارية فوطئها الراهن لم يحد، ولو وطئها المرتهن حد، ولو زادت كان ذلك للراهن، وإنما هي موقوفة في يد المرتهن بأمر ربها غير متعد، فلم يكن شيء أولى بأن تكون أمانة [٢/١٨٧ب] وإن كان قد تخالف الأمانة؛ لأن الأمانة لي أخذها متى شئت، وليس لي أخذ الجارية إلا بالفكاك؛ لأن الأصل أن ديني على الراهن ثابت بكتاب الله وسنة رسوله وإجماع العلماء، ثم اختلفوا بعد ذهاب الرهن في زواله، فلا يزول ما ثبت بكتاب الله وسنة رسوله بالاختلاف، ولا يزول إلا بسنة.

---

(١) الإشراف (٦/ ١٨٠ - ١٨١).

(٢) (٢٣٢٨٠).

(٣) (٦/١٠٧).

وقال الشافعي في الرهن الصغير: «إنما هو (يعني: المرتهن) رجل اشترط لنفسه على مالك الرهن في الرهن شرطًا حلالًا لازمًا استوثق فيه من حقه طلب المنفعة لنفسه، والاحتياط على غريمه لا مخاطرًا بالارتهان؛ لأنه لو كان الرهن إذا هلك هلك حقه كان ارتهانه مخاطرة إن سلم الرهن، فحقه فيه، وإن تلف تلف حقه، ولو كان هكذا كان شرًّا للمرتهن في بعض حالاته؛ لأن حقه إذا كان في ذمة الراهن وفي جميع ماله لازمًا كان خيرًا له، قال: ولم نر ذمة رجل تبرأ، إلا بأن يؤدي إلى غريمه ما له عليه أو عوضًا منه أو يتطوع صاحب الحق بأن يبرئ.

قال الشافعي: فقال قائل: ألا ترى أن أخذ المرتهن الرهن، كالاستيفاء لحقه، قلت: لو كان استيفاء لحقه، وكان الرهن جاريةً قد ملكها رجل له وطؤها، ولم يكن له ردها»[1]، ثم قاسه الشافعي على العين المستأجرة إذا تلفت، والضامن إذا هلك أو غاب، كما قاسه المصنف.

قال الشافعي: «فقال بعض أصحابنا قولنا في الرهن: إذا كان مما يظهر هلاكه مثل الدار والنخل والعبيد، وخالفنا بعضهم فيما يخفى هلاكه من الرهن.

قال الشافعي: واسم الرهن جامع لما يظهر هلاكه ويخفى، وإنما جاء الحديث جملة، قال الشافعي: والقول الصحيح فيه عندنا ما قلنا من أنه أمانة كله، لما وصفنا من دفع صاحبه إياه برضاه وحق أوجبه فيه كالكفالة.

قال الشافعي: وقد قال هذا القول معهم بعض أهل العلم وليس في أحد مع قول رسول الله ﷺ حجة.

قال الشافعي: وخالفنا بعض الناس في الرهن، فقال فيه: إذا رهن رجل

---

(١) الأم (٣/ ١٩٠).

رهنًا يحق له فالرهن مضمون، فإن هلك الرهن نظرنا، فإن كانت قيمته أقل من الدين رجع المرتهن على الراهن بالفضل، وإن كانت قيمة الرهن مثل الدين أو أكثر لم يرجع على الراهن بشيء ولم يرجع الراهن عليه بشيء.

قال الشافعي: كأنه في قولهم: رجل رهن رجلًا ألف درهم بمائة درهم، فإن هلكت الألف فمائة بمائة، وهو في التسعمائة أمين، أو رجل رهن رجلًا مائة بمائة، فإن هلكت المائة، فالرهن بما فيه، أو رجل رهن خمسين بمائة، فإن هلكت الخمسون ذهبت بخمسين، ثم رجع المرتهن على الراهن بخمسين، وكذلك قولهم في عرض يساوي ما وصفنا مثل هذا.

قال الشافعي: فقيل لبعض من قال هذا القول: هذا قول لا يستقيم بهذا الموضع عند أحد من أهل العلم يقال من جهة الرأي؛ لأنكم جعلتم رهنًا واحدًا مضمونًا مرة كله، ومرة بعضه ومرة بعضه بما فيه ومرة يرجع بالفضل فيه، فهو في قولكم: لا مضمون بما يضمن به ما ضمن؛ لأن ما ضمن إنما يضمن بعينه، فإن فات فقيمة ولا بما فيه من الحق، فمن أين قلتم بهذا لا يقبل إلا بخبر يلزم الناس الأخذ به ؟ [٦/١٨٨] قالوا: روينا عن علي بن أبي طالب أنه قال: يترادان الفضل، قلنا: فهو إذ قال: يترادان الفضل قد خالف قولكم، وزعم أنه ليس منه شيء بأمانة، وقول علي: إنه مضمون كله كان فيه فضل، أو لم يكن مثل جميع ما يضمن، مما إذا فات ففيه قيمته.

قال الشافعي: فقلنا: قد رويتم ذلك عن علي وهو ثابت عندنا يرويه أصحابنا، فقد خالفتموه، قال: فأين؟ قلنا: زعمتم أنه قال: يترادان الفضل، وأنت تقول: إن رهنه ألفًا بمائة فمائة بمائة، وهو في التسعمائة أمين، والذي رويت عن علي فيه أنه الرهن يرجع على المرتهن بتسعمائة.

قال: فقد روينا عن شريح أنه قال: الرهن بما فيه، وإن كان خاتمًا من

حديد، قلنا: فأنت أيضًا تخالفه، قال: وأين قلنا: أنت تقول: إن رهنه مائة بألف أو خاتمًا يسوى درهمًا بعشرة، فهلك الرهن رجع صاحب الحق المرتهن على الراهن بتسعمائة من رأس ماله وبتسعة في الخاتم من رأس ماله، وشريح لا يرد واحدًا منهما على صاحبه بحال، فقال: قد روى مصعب بن ثابت عن عطاء، أن رجلًا رهن رجلًا فرسًا، فهلك الفرس، فقال رسول الله ﷺ: «**ذَهَبَ حَقُّكَ**».

قال الشافعي: فقيل له: أخبرنا إبراهيم عن مصعب بن ثابت عن عطاء قال: زعم الحسن كذا، ثم حكى هذا القول، قال إبراهيم: كان عطاء يتعجب مما روى الحسن، وأخبرني به غير واحد عن مصعب عن عطاء عن النبي ﷺ وسكت عن الحسن، فقيل له: أصحاب مصعب يروونه عن عطاء عن الحسن، فقال: نعم كذلك حدثنا، ولكن عطاء مرسل اتفق من الحسن مرسل.

قال الشافعي: ومما يدل على رهن هذا عند عطاء إن كان رواه أن عطاء يفتي بخلافه، ويقول فيه بخلاف هذا كله، ونقول فيما ظهر هلاكه أمانة وفيما خفي يترادان الفضل، وهذا أثبت الرواية عنه، وقد روي عنه: «يترادان» مطلقه، وما شككنا فيه فلا نشك أن عطاء - إن شاء الله - لا يروي عن النبي ﷺ شيئًا مبينًا عنده، ويقول بخلافه، مع أني لم أعلم أحدًا روى هذا عن عطاء يرفع إلا مصعب، والذي روى عن عطاء يرفعه يوافق قول شريح أن الرهن بما فيه.

قال: وكيف يوافقه؟

قلنا: قد يكون الفرس أكثر مما فيه الحق ومثله وأقل، فلم يُرْوَ، أنه سأل عن قيمة الفرس.

قال: فكيف لم تأخذ به؟

قلنا: لو كان منفردًا لم يكن من الرواية التي تقوم بمثلها حجة، فكيف وقد روينا عن النبي ﷺ قولًا مبينًا مفسرًا؟!

قال: فكيف قبلتم عن ابن المسيب منقطعًا، ولم تقبلوه عن غيره؟

قلنا: لا يحفظ أن ابن المسيب رواه منقطعًا، إلا وجدنا ما يدل على تسديده ولا أثره عن أحد فيما عرفنا عنه إلا ثقة معروف، فكم كان بمثل حاله قبلنا منقطعه ورأينا غيره يسمي المجهول، ويسمي من يرغب عن الرواية عنه، ويرسل عن النبي ﷺ وعن بعض من لم يلق من أصحابه المستنكر، الذي لا يوجد له شيء يسدده، ففرقنا بينهم؛ لافتراق أحاديثهم، ولم نحابِ أحدًا، ولكنا قلنا في ذلك بالدلالة البينة على ما وصفنا من صحة روايته»[(١)].

قال: «فكيف لم تأخذوا بقول عليٍّ فيه، قلنا: إذا ثبت عن عليٍّ لم يكن عندنا وعندك وعند أحد من أهل العلم لنا أن يترك ما جاء عن النبي ﷺ إلى ما جاء عن غيره، قال: فقد روى عبد الأعلى الثعلبي عن علي[(٢)] شبيهًا بقولنا.

قلنا: الرواية عن علي بأن يترادان الفضل أصح عنه، من رواية عبد الأعلى، وقد رأينا أصحابكم يضعفون رواية عبد الأعلى، التي لا يعارضها معارض تضعيفًا شديدًا، فكيف بما عارضه فيه من هو أقرب من الصحة وأولى بها؟!

[٢/١٨٨ب] قال ؓ الشافعي: وقيل لقائل هذا القول: قد خرجت فيه مما رويت عن عطاء يرفعه، ومن أصح عن علي وعن شريح، وما روينا عن النبي ﷺ إلى قول رويته عن إبراهيم النخعي، وقد روي عن إبراهيم خلافه، وإبراهيم لو

---

(١) الأم (٣/ ١٩١ - ١٩٢).

(٢) في الهامش: «حاشية بخط المصنف: عبد الأعلى لم يدرك عليًّا».

لم تختلف الرواية عنه لا يلزم قوله، وقلتَ قولًا متناقضًا خارجًا من أقاويل الناس، وليس للناس فيه قول إلا وله وجه، وإن ضعف إلا قولكم، فإنه لا وجه له يقوى ولا يضعف.

قال الشافعي: ووجه قول من قال: الرهن بما فيه أن يقول: قد رضي الراهن والمرتهن أن يكون الحق في الرهن، فَإِذَا هَلَكَ هَلَكَ بما فيه؛ لأنه كالبدل من الحق، وهذا ضعيف، قال: وقيل لبعض من قال هذا القول الذي حكينا: أنت أخطأت بخلاف السنة وأخطأت بخلافك ما قلت، قال: وأين خالفتُ ما قلتُ؟[1] قلتُ: عِبتَ علينا أن زعمنا أنه أمانة، وحجتنا فيه ما ذكرنا وغيرها مما فيه مما ذكرنا كفاية منه، فكيف عبت قولًا قلت ببعضه؟! وقال لي: وأين؟ قلت: زعمت أن الرهن مضمون؟ قال: نعم. قلنا: فهل رأيت مضمونًا قط بعينه فيهلك، إلا أدى الذي ضمنه قيمته بالغة ما بلغت؟! قال: لا غير الرهن. قلنا: فالرهن إذ كان عندك مضمونًا إذا كان يسْوَى ألفًا، وهو رهن بمائة لِمَ لَمْ يَضْمَنْ المرتهن تسعمائة؟ قال: هو في الفضل أمين. قلنا: ومعنى الفضل غير معنى غيره؟ قال: نعم. قلنا: لأن الفضل ليس برهن. قال: إن قلتَ ليس برهنٍ. قلتُ: أفيأخذه مالكه؟ قال: فليس لمالكه أن يأخذه حتى يؤدي ما فيه. قلنا: لِمَ. قال: لأنه رهن، قلنا: فهو رهن واحد محتبس بحق واحد بعضه مضمون وبعضه أمانة. قال: نعم، أفتقبل مثل هذا القول ممن يخالفك، فلو قال هذا غيرك ضعفته تضعيفًا شديدًا فيما نرى. وقلت: كيف يكون الشيء الواحد مدفوعًا بالأمر الواحد، بعضه أمانة وبعضه مضمون؟! أرأيت جارية تَسْوَى ألفًا رهنت بمائة يكون عشرها مضمونًا وتسعة أعشارها أمانة؟ قال: نعم. قلنا: فأي شيء عبت من قولنا:

(١) في الهامش: «حاشية بخط المصنف: جواب الشرط محذوف أي: فيما تلزمني».

ليس مضمون، وأنت تقول في أكثره: ليس بمضمون؟!

قال الشافعي: وقيل له فما تقول: إن نقصت الجارية في ثمنها حتى تصير تسوى مائة؟ قال: الجارية كلها مضمونة. قيل: فإن زادت حتى تسوى ألفين؟ قال: تخرج الزيادة من الضمان، وتصير نصف عشرها مضمونًا وباقيها غير مضمون. قلنا: ثم هكذا إن نقصت حتى تسوى مائة. قال: نعم تعود كلها مضمونة. فقلت لبعضهم: لو قال هذا غيركم كنتم شبيهًا أن تقولوا: ما يحل لك أن تتكلم في الفتيا، وأنت لا تدري ما تقول كيف يكون رهن واحد بحق واحد بعضه أمانة وبعضه مضمون، ثم يزيد فيخرج ما كان مضمونًا منه من الضمان، وزعمت أنه إن دفع جارية رهنًا بألف وهي تسوى ألفًا فولدت أولادًا يساوون آلافًا فالجارية مضمونة كلها، والأولاد رهن كلهم غير مضمونين، ثم إن ماتت أمهم صاروا مضمونين بحساب، فهم كلهم مرة رهن خارجون من الضمان، ومرة داخل بعضهم في الضمان خارج بعض.

قال الشافعي: فقيل لمن قال هذا القول: ما يدخل على أحد أقبح من قولكم أعلمه وأشدتنا تناقضًا أخبرني من أثق به عن بعض من نُسب إلى العلم منهم أنه يقول: لو رهن الجارية بألف ثم أدى الألف إلى المرتهن وقبضها منه، ⇑ [١٢/١٨٩] ثم دعاه بالجارية هلكت قبل أن يدفعها إليه، هلكت من مال الراهن وكانت الألف مسلمة للمرتهن؛ لأنها حقه، فإنه كان هذا، فقد صاروا فيه إلى قولنا وتركوا جميع قولهم»[١]. انتهى ما أردت نقله من كلام الشافعي وحذفت بعضه.

قال البيهقي في «المعرفة»[٢]: «أما الذي ذكره الشافعي في مرسلات ابن

---

(١) الأم (٣/ ١٩٢ - ١٩٤).

(٢) المعرفة للبيهقي (٨/ ٢٣٥ - ٢٤٠).

المسيب، فكذلك قال غيره من أهل العلم بالحديث. قال أحمد بن حنبل رَحِمَهُ اللَّهُ: مرسلات سعيد بن المسيب صحاح لا نرى أصح من مرسلاته، وأما الحسن وعطاء فليس مراسيلهما بذاك، هي أضعف المرسلات كأنهما كانا يأخذان عن كل أحد.

وقال يحيى بن معين: أصح المراسيل مراسيل سعيد بن المسيب، وعن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، أنه كان إذا سئل عن مسألة فالتبست عليه قال: عليكم بسعيد بن المسيب فإنه قد جالس الصالحين، وعن جعفر بن ربيعة قال: قلت لعراك بن مالك: مَن أفقه أهل المدينة؟ قال: أما أعلمهم بقضايا رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان، وأفقههم فيها، وأبصرهم بما مضى من أمر الناس فسعيد بن المسيب.

قال البيهقي: والحكايات عن السلف في تفضيل سعيد بن المسيب فيما نرويه على أبناء دهره كثيرة، وللشافعي فيما قال في مراسيل ابن المسيب لهم قدوة، ثم إنه رَحِمَهُ اللَّهُ تعالى لم يقتصر في مراسيله على مجرد الدعوى، حتى بيَّن وجه الرجحان في مراسيله، ثم لم يخص به ابن المسيب بل قطع القول بأن من كان في مثل حاله قبلنا منقطعه، وقد حكينا مبسوط كلامه في ذلك في الأصول، ثم هذا الحديث وصله زياد بن سعد، وهو من الثقات كما سبق، وعبد الأعلى الثعلبي ضعيف.

وقال يحيى بن سعيد القطان: قلت لسفيان في أحاديث عبد الأعلى عن ابن الحنفية فوهنها، وفي رواية الحكم عن علي، ورواية الحارث عن علي: يترادان الفضل، وهو منقطع وضعيف، وفي رواية قتادة عن خِلاس عن علي: إذا كان في الرهن فضل، فإن أصابته جائحة، فالرهن بما فيه، وإن لم تصبه جائحة، فإنه يرد الفضل. وهذه أصح الروايات عن علي - كرم الله

وجهه - وفيها أن أهل العلم بالحديث، يقولون: ما روى خِلاس عن علي أخذه من صحيفة.

قال يحيى بن معين وغيره من الحفاظ: وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه مثل رواية عبد الأعلى، وإنما رواه أبو العوّام عمران بن داود القطان، عن مطر، عن عطاء، عن عبيد بن عمير، عن عمر بن الخطاب، وعمران بن داود القطان لم يحتج به صاحب الصحيح، وضعفه يحيى بن معين وأبو عبد الرحمن النسائي، وكان يحيى بن سعيد القطان لا يحدث عنه.

وقال: لم يكن من أهل الحديث كتبت عنه أشياء فرميتُ بها، وقال يحيى ابن معين: عمران القطان لم يرو عنه يحيى بن سعيد، وليس بشيء، والعجب أن بعض من يدعي تسوية الأخبار على مذهبه، يطعن في مطر الوراق في مسألة نكاح المحرم، حين روى حماد، عن مطر، عن ربيعة، عن سليمان ابن يسار عن أبي رافع، أن النبي ﷺ تزوج ميمونة حلالًا، ثم يحتج برواية أبي العوام عنه في هذه المسألة، ويجعل اعتماده عليه؛ إذ ليس له فيما روي عن غيره حجة، كما بينه الشافعي رحمه الله تعالى، ثم أنه ذكر حديث عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه.

قال: كان من أدركت من فقهائنا الذين يُنتهى إلى قولهم منهم سعيد بن المسيب وعروة [٢/١٨٩ب] بن الزبير، وذكر الفقهاء في مشيخة من نظرائهم أهل فقه وصلاح وفضل، فذكر ما جمع من أقاويلهم في كتابه على هذه الصفة، أنهم قالوا: الرهن بما فيه إذا هلك، وعميت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة إلى رسول الله ﷺ، واستدل بهذا الحديث على أن ابن المسيب كان يذهب إلى تضمين الرهن، والراوي أعلم بتأويل الحديث؛ دل أن معنى حديثه غير ما ذهبتم إليه، قلنا: ليس من الإنصاف ترك شيء من الحديث المستقيم على

الباقي ما قصده من الاحتجاج به.

وحديث ابن أبي الزناد عن أبيه قد أخبرناه أبو الحسن الرفاء، قال: أخبرنا عثمان، قال: حدثنا إسماعيل القاضي، قال: حدثنا ابن أبي أويس وعيسى، ثنا عبد الرحمن بن أبي الزناد، أن أباه قال: كان من أدركت من فقهائنا الذين يُنتهى إلى قولهم، فذكر أسماءهم، ثم قال: وربما اختلفوا في الشيء، فأخذنا بقول أكثرهم، فأخبرنا أبو الزناد أن الذي جمعه واختاره فيما اختلفوا فيه قول بعضهم لا قول جميعهم.

وقد ثبت عن ابن المسيب خلاف ذلك دلَّ أنه لم يرده، وأما رواية الثقة منهم فهو منقطع كحديث عطاء، وفيه زيادة ليست في حديث عطاء وهي أنه إنما يكون بما فيه إذا عميت قيمته، وهذا يشبه أن يكون كمذهب مالك في الفرق بين ما يظهر هلاكه وما يخفى ويجعله أمانة فيما يظهر، ونحن نقول به فيما يظهر هلاكه، والمحتج بهذا لا يقول به فيما يخفى هلاكه في حال دون حال، ولا يقول به فيما يظهر هلاكه بحال، فمن المحال أن يحتج بما لا يقول به في أكثر أحواله، وهو عندنا لا حجة فيه؛ لانقطاعه، ونحن لم نحتج بمراسيل ابن المسيب حتى أكدناها بما تتأكد به المراسيل.

واعترض المحتج على الشافعي في تأويله قوله ﷺ: **«لَا يَغْلَقُ الرَّهْنُ»**، والشافعي ذكر معه تأويل غيره، واستنبط من الخبر معنى آخر، وهو مكانه من اللغة، وكونه من أرباب اللسان ذكرًا ونسبًا، فمن الغباوة الدخول عليه فيما يقوله في اللغة». هذا كلام البيهقي، والشخص الذي أشار إليه أنه ذكر حديث عبد الرحمن بن أبي الزناد هو الطحاوي، فقد رأيته في كتابه المسمى «شرح الآثار»[1]، وروى فيه حديث عبد الأعلى الثعلبي عن محمد ابن

(١) شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٢).

الحنفية عن علي، وبالغ الطحاوي فقال: «فعمّن أخذ قوله هذا؟ أو مَن إمامه فيه؟ وقد روينا عن رسول الله ﷺ خلافه، وعن تابعي أصحابه خلافه، وقد روي عن أئمة أصحابه خلاف ذلك أيضًا»[١]، ثم ذكر الآثار التي تقدم جوابها بغير زيادة.

ورأي الطحاوي أن هلاك الرهن يبطل الدين، قال: «غير أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدًا ذهبوا في الرهن إلى ما رويناه عن عمر والنخعي، وأشار الطحاوي بما ذكر إلى أن الشافعي غير مسبوق في قوله: إن الرهن أمانة وليس بصحيح؛ لأن سعيد بن المسيب قال: له غنمه وعليه غرمه»[٢].

وقد تقدم قول من قال: إن هذا مدرج من كلامه، وهو قول أبي داود وقول من قال: إنه من الحديث، وهو قول الشافعي والجمهور وإن كان من الحديث، وهو راويه فلا يخالفه، فعلى كل تقدير يغلب على الظن أنه قائل بأن الرهن أمانة كما يقوله الشافعي.

واعلم أني لم أر في هذه المسألة للصحابة شيئًا، إلا ما تقدم عن علي في بعض الروايات عنه: يترادان الفضل، وفي بعضها تفصيل، ولم ينقل عن غيره من الصحابة شيء إلا أبا هريرة، فإنه قال: أمانة، كما قاله الشافعي على ما نقله الماوردي[٣]، وإلا ابن عمر، ففي «مصنف ابن أبي شيبة»[٤] عنه: أنهما يترادان الفضل، وهذه مسألة جزئية لا ينتشر الكلام فيها [١٢/١٩٠] ⇑ وكذلك التابعون كلامهم فيها قليل، وقد عرف كلام ابن المسيب فيها، والقول بالضمان فيها مخالف للقواعد؛ إذ لم يقل الخصم: أنه يضمنه بقيمته

(١) شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٢ - ١٠٣).
(٢) شرح معاني الآثار (٤/ ١٠٤).
(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٢٥٤).
(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٢٢٧٩٣).

على قياس المضمونات، ولم يتفقوا على سقوط الدين بكماله بتلف المرهون، ولم يجمعوا على عدم كونه أمانة، فلم يبق إلا النظر، وهو مع كلام الشافعي.

وأما الحديث الذي احتجوا به، فهو قد أشار إليه الشافعي[١]، ورواه أبو داود في «المراسيل»[٢] عن محمد بن العلاء عن ابن المبارك عن مصعب قال: سمعت عطاء يحدث أن رجلًا رهن فرسًا، فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «**ذَهَبَ حَقُّكَ**».

وروى أبو داود أيضًا في «المراسيل»[٣] عن طاوس، أن النبي ﷺ قال: «**الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ**»، وعن ابن أبي الزناد عن أبيه قال: إن أناسًا يوهمون في قول رسول الله ﷺ: «**الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ**». ولكن إنما قال ذلك فيما أخبرنا الثقة من الفقهاء أن رسول الله ﷺ قال: «**الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ**» إذا هلك وعميت قيمته، يقال حينئذ للذي رهنه: زعمت أن قيمته مائة دينار أسلمته بعشرين دينار أو رضيت بالرهن، ويقال للآخر: زعمت أن ثمنه عشرة دنانير فقد رضيت به عوضًا من عشرين دينار[٤]. انتهى ما ذكره أبو داود.

والجواب عن المرسل بضعفه، وعما قاله أبو الزناد: أنه ليس مجمعًا عليه، وروى الدارقطني مما احتجوا به عن حميد عن أنس عن النبي ﷺ قال: «**الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ**»، قال الدارقطني: لا يثبت هذا عن حميد، وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء[٥]، وهم أحمد بن محمد بن غالب عن عبد الكريم

---

(١) الأم (٣/ ١٩٢).

(٢) مراسيل أبي داود (١٨٨).

(٣) (١٨٩).

(٤) (١٩١).

(٥) سنن الدارقطني (٢٩١٦).

ابن روح عن هشام بن زياد.

ورواه الدارقطني بإسناد آخر عن إسماعيل بن أبي أمية، عن سعيد بن راشد، عن حميد وإسماعيل بن أبي أمية أيضًا، عن حماد بن سلمة، عن قتادة، قال الدارقطني: إسماعيل هذا يضع الحديث، وهذا باطل عن قتادة، وعن حماد بن سلمة[(١)]، ولم يحتج الدارقطني بذكر سعيد بن راشد؛ لأنه ضعيف بمرة، وذكر البيهقي في «الخلافيات» أنهم استدلوا بما روي عن عمرو بن دينار قال: قال أبو هريرة: قال رسول الله ﷺ: **«الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ»**. قال أبو حازم الحافظ: تفرد به حسان بن إبراهيم الكرماني، قال البيهقي رحمه الله: وهو منقطع بين عمرو بن دينار وأبي هريرة[(٢)].

قلت: وهو كما قال البيهقي؛ لأن وفاته سنة ست وعشرين ومائة، وكان يقول: جاوزت السبعين[(٣)] ووفاة أبي هريرة سنة ثمان وخمسين، فيصغر عن السماع منه، وإنما روى عن جابر، وابن عباس، وابن عمر، ومن بعدهم، وهذه هي العلة في الحديث، وهي الانقطاع.

وأما تفرد حسان بن إبراهيم به، ففي كونه قادحًا نظر؛ لأنه ثقة متفق عليه، وإن كان يقع في حديثه بعض الغلط، وإلى هذا أشار أبو حازم الحافظ؛ لأنه يخشى أن يكون هذا من الغلط.

واعلم أن المذاهب الخمسة التي نقلها ابن المنذر في ألفاظ السلف في بعضها إلباس، ولكن الماوردي كشفها، فقال: «أحدها: وهو مذهبنا أن الرهن أمانة لا يضمن إلا بالتعدي، وبه قال من الصحابة أبو هريرة ومن

---

(١) سنن الدارقطني (٢٩١٧).

(٢) انظر: مختصر الخلافيات للإشبيلي (٣/ ٣٧٩).

(٣) انظر: التاريخ الأوسط للبخاري (١/ ١٦٩).

التابعين ابن المسيب ومن الفقهاء ابن أبي ذئب وأحمد وأبو ثور.

والثاني: أنه [٢/١٩٠ب] مضمون بأقل الأمرين من قيمته، أو الحق المرهون به، وهو مذهب أبي حنيفة.

والثالث: أنه مضمون بقيمته، وإن زادت على الحق، ويترادان الفضل، فإن كانت قيمته ألفا والحق ألفين ضمنه المرتهن بألف، ويرجع على الراهن ببقية القيمة، وبه قال علي وعطاء وإسحاق.

والرابع: أنه مضمون بالحق حتى لو كانت قيمته درهمًا، والحق ألفا ضمنه بألف، وبه قال شريح والحسن والشعبي.

والخامس: إن كان تلفه ظاهرًا كالنهب والحريق وانهدام الدار، فهو غير مضمون وإن كان باطنًا كالسرقة فيضمن بقيمته، وهو مذهب مالك»[(١)].

وهذا الذي نقله عن مالك من ضمان الخفي هلاكه بقيمته، تقدم عن ابن المنذر مثله، وكذا نقله البويطي، والرافعي نقل عنه أنه مضمون بالدين[(٢)].

وقد استدل المصنف في «النكت» وغيره من أصحابنا من جهة القياس بأدلة منها، ما ذكره في الكتاب أنه وثيقة بدين ليس بعوض منه، وفيه احتراز من المبيع إذا هلك في يد البائع قبل القبض؛ ولأنه مقبوض عن عقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة كالوديعة والشركة.

وأراد ببعضه الذي هو أمانة ما زاد على قدر الحق، ولأن الرهن وثيقة لمن له الحق، فلو كان مضمونًا لكان وثيقة عليه، ولأن ما أمسكه بالرهن لم يضمنه بحكم الرهن؛ كالحَمْل الموجود حال الرهن إذا قلنا بدخوله، ولأنه أحد محلي حق المرتهن، فلا يسقط الحق بتلفه كالذمة، ولأنه من زوائد

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٢٥٤ - ٢٥٥).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٠٨).

عقد، فلا يسقط بتلفه الحق الذي بأصل العقد كالصداق؛ ولأنه لو كان مضمونًا لضمن فاسده، وقد قالوا: إن الرهن المأخوذ في العهدة لا يضمن، فدل على أنه غير مضمون. ذكر المصنف هذه الأدلة كلها إلا الثاني.

وأجابوا عن حديث الرهن بما فيه مع ضعفه بحمله على أنه محبوس بما فيه، أو مبيع بما فيه؛ لأنه يحتمل ذلك، ويحتمل أنه مضمون بما فيه، فوجب التوقف، وعن حديث «**ذَهَبَ حَقُّكَ**»[1] مع ضعفه بأنه يحتمل: ذهب حقك من الوثيقة، فلا تطالب برهن آخر، كما يطالب المؤجر بدابة أخرى إذا هلكت دابة.

قال: وهذا أشبه؛ لأنه لو أراد الدين لما أطلق حتى يعرف مقدار الدين والرهن.

قالت الحنفية: هو محبوس في يده بعقد استيفاء، فكان مضمونًا عليه؛ كالمبيع قبل القبض.

قلنا: لا تأثير للوصف، فإنه مضمون في الأصل والفرع إذا قضاه الدين، وإن لم يكن محبوسًا بالحق، ثم يبطل بما إذا عجل الأجرة في الإجارة، ثم تفاسخا وحبس العين بالأجرة، والمبيع عوض عن الدين لا ينفرد عنه، فإذا تلف سقط ما في مقابله، وهذا وثيقة ليس بعوض، فإذا تلف بقي الدين كالضمان والشهادة، ولأنَّ بتلف المبيع ينفسخ البيع، ولا يجوز أن يستحق الثمن مع انفساخ البيع، وها هنا لا ينفسخ بتلف الرهن قالوا: أخذه على وجه الاستيفاء، فكان حكمه إذا تلف حكم المستوفى كالسوم.

قلنا: ينتقض بالإجارة وأيضًا فإنا نقول: إن سبب الشيء فيما يتعلق بالضمان حكم مسببه فالمستام أخذ ليشتري، ويكون مضمونًا عليه، فيكون

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (١/ ١٧٢)، وابن أبي شيبة (٢٣٢٣٣) بإسناد مرسل.

مضمونًا عليه بالسوم، وهنا لو أخذه ليرهنه لم يكن مضمونًا عليه، كذا قاله الماوردي، فكذا إذا أخذه عن عقد الرهن.

وأيضًا: فلم يسلك بالسوم مسلك الشراء؛ لأن الشراء مضمون بالثمن والسوم مضمون بالقيمة؛ لأنه قبضه على وجه البدل، فضمنه به، والمرتهن لم يقبض ليستوفي الحق منه؛ بل ليباع ويدفع إليه الثمن، ومدار البحث على هذه النكتة.

هم يقولون: قبضه ليستوفي الحق منه، ويجعلون قبضه قبض استيفاء.

ونحن نقول: قبضه توثقة إن احتيج إليه بيع واستوفى الحق من ثمنه.

قالوا: حق [٢/١٩٩] تعلق بالعين فسقط بهلاكه كأرش الجناية.

قلنا: أرش الجناية يختص بالعين، وهذا يتعلق بالعين والذمة، فإذا فاتت العين بقيت الذمة.

قالوا: لو كان أمانة لقبل قوله في الرد كالوديعة.

قلنا: إذا لم نَقُلْ به فالوديعة أخذها لمنفعة المالك، وهذا لمنفعة نفسه والإنصاف أن يد المرتهن يد وثيقة، وأن الاستيفاء في الحال غير معقول وإنما يكون بالبيع، فإذا حصل التلف لم يحصل الاستيفاء.



قال:

فإن غصب عينًا ورهنها بدين، فلم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط، فهل يجوز للمالك أن يغرمه؟ فيه وجهان؛ أحدهما: لا يغرمه؛ لأنه دخل على الأمانة.

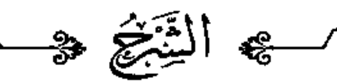
والثاني: أن له أن يغرمه؛ لأنه أخذه من يد ضامنه.

فإن قلنا: إنه يغرمه فغرمه؛ فهل يرجع بما غرم على الراهن؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يرجع؛ لأنه غَرَّه.

والثاني: لا يرجع؛ لأنه حصل التلف في يده، فاستقر الضمان عليه.

وإن بدا وغرم الراهن، فإن قلنا: إن المرتهن إذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه.

وإن قلنا: إن المرتهن [إذا غرم][1] لا يرجع على الراهن رجع عليه الراهن بما غرمه، وإن رهن عينا عند رجل قال: رهنتك هذا إلى شهر، فإن لم أعطك مالَك فهو لك بالدين، فالرهن باطل؛ لأنه وقَّته والبيع باطل؛ لأنه علقه على شرط، فإن هلكت العين قبل الشهر لم يضمن؛ لأنه مقبوض بحكم الرهن، فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح، وإن هلك بعد الشهر ضمنه؛ لأنه مقبوض بحكم البيع، فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح.



الشرح

لكون الرهن أمانة فروع ذكر المصنف منها هذين الفرعين فنذكرهما وغيرهما ونقدم عليهما أصلًا، وهو أن كل عقد يقتضي صحيحه الضمان،

---

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

فكذلك فاسده يقتضي الضمان، وما لا يقتضي صحيحه الضمان لا يقتضي فاسده الضمان.

أما الطرف الأول، فلأنَّ الصحيح إذا وجب الضمان، فالفاسد أولى، وأما الثاني، فلأن من أثبت اليد عليه أثبتها عن إذن المالك، ولم يلتزم بالعقد ضمانًا، ولا يكاد يوجد التسليم، والتسلم إلا من معتقدي الصحة.

وقد شذ عن هذا الأصل الشركة إذا كانت صحيحة، فعمل كل منهما في مال صاحبه لا يكون عمله مضمونًا، وإذا كانت فسادة يكون مضمونًا، وعكسه عقد المسابقة على الخيل أو الرمي إذا كان صحيحًا يكون مضمونًا وفاسده لا يكون مضمونًا، استثنى هذين العقدين القاضي حسين، لكن الرافعي ذكر في المسابقة: «أنه لو فسدت المسابقة وركض المتسابقان على فسادهما، وسبق الذي لو صحت المسابقة لاستحق بالسبق المشروط، فهل يستحق شيئًا؟ **وجهان**: **أحدهما**: وهو اختيار أبي إسحاق وابن القاص: لا.

وأصحهما، وبه قال ابن سلمة، واختاره الشيخ أبو حامد، والقفال: يستحق»[1]، وعقد الهبة إذا كان صحيحًا لا تكون العين الموهوبة مضمونة، وإذا كان فاسدًا **فوجهان**: **أصحهما كذلك**.

إذا عرف هذا الأصل نرجع إلى ذكر فروع الأمانة وفروع أخرى.

الأول: إذا غصب عينًا ورهنها ولم يعلم المرتهن، وهلكت عنده بغير تفريط، ففي تغريمه طريقان. قال العراقيون: فيه وجهان لابن سريج.

وقيل: **قولان؛ أصحهما الثاني: أنه يغرم**.

وقالت المراوزة: يغرم قطعًا، وإذا غرم ففي رجوعه على الراهن طريقان.

---

(١) فتح العزيز (١٢/ ١٩٢).

قالت المراوزة: يرجع، وقال العراقيون: فيه **وجهان**؛ **أصحهما**: الرجوع، وإن ابتدأ، فغرم الغاصب فالأصح عدم [١٩١/٢ب] رجوعه على المرتهن.

قال الرافعي: والطريقان جاريتان في المستأجر من الغاصب والمودَع منه والمضارب، والذي دفع المغصوب إليه ووكله ببيعه، وكل ذلك إذا جهلوا كونه مغصوبًا فإن علموا فهم غاصبون أيضًا، والمستعير منه والمستام يطالبان ويستقر عليهما الضمان؛ لأن يد كل واحد منهما يد ضمان بخلاف المرتهن ومَن في معناه؛ لأن يدهم يد أمانة؛ فلهذا جرى فيهم الخلاف.

قال ابن الرفعة: ويحتاج العراقيون أن يفرقوا بين ما نحن فيه وبين المشتري من الغاصب إذا غرم قيمة الولد، حيث جزموا بأنه يرجع لها لأجل الغرور مع أنه دخل على ألا يضمن ذلك. ومثل ذلك موجود فيما نحن فيه، وفي الفرق عسر؛ بل لو قيل: إنه لا يرجع في قيمة الولد ويرجع ها هنا لم يبعد؛ لأن التغرير هنا وجد في وضع اليد بالمباشرة، وثم وجد بالتسبب بالبيع؛ لأنه سبب للتسليط على الوطء، وقد لا يوجد؛ فلم يلزم من البيع تحقق الغرور به، وإن وجد فقد لا يتفق منه الإحبال.

ولهذا ذهب بعض الأصحاب إلى أنه لا يرجع بقيمة الولد، وذكر ابن الرفعة أيضًا أن المستعير والمستام يطالبان بلا خلاف، كما سبق، ولكن على طريقة العراقيين هل يطالبان بما يطالبان به لو كان الدافع إليهما مالكًا لا غير، أو بأقصى القيم، ويكون في رجوعهما بالقدر الزائد على الغاصب؟ الخلاف في المرتهن ونحوه، يشبه أن يكون فيه خلاف أخذًا مما سنذكره عن صاحب «التقريب» وغيره، فيما إذا ابتاع العين المغصوبة على جهل من الغاصب بأقل من قيمتها، وضمنه الغاصب أقصى القيم هل يرجع بما زاد

على قدر الثمن على الغاصب؟ انتهى.

وهذا التخريج الذي ذكره جيد، وأما إيراده على العراقيين، ففيه نظر؛ لأن الولد وإن لم يكن مضمونًا بالبيع، لكنه من أثره وناشئ عنه، فكان مستندًا إلى عقد ضمان، فهو في حكم المضمون بالعقد، فلا نسلم أنه دخل على أنه لا يضمن ذلك، وأورد أيضًا أنه كان يشبه أن يقال: يطالب المستأجر والمرتهن لأن يدهما ثبتت على العين لأنفسهما، ولا يطالب المودع والوكيل بغير جعل، وفي مطالبة الوكيل بجعل وعامل القراض خلاف، لكن لم أر من قال به.

الفرع الثاني: مما ذكره المصنف إذا قال: رهنتك هذا إلى شهر، فإن لم أعطك مالك، فهو لك بالدين، أي: مبيع لك بطل الرهن للتوقيت والبيع للتعليق، نص عليه الشافعي في «الأم» و«البويطي»، والتعليل بحسب تصوير المصنف ظاهر، والرافعي قال: «لو رهن منه مالًا على أنه إذا حل الأجل، فهو مبيع منه، أو على أن يكون مبيعًا منه بعد شهر، فالرهن والبيع فاسدان»[1] أما الرهن؛ فلكونه مؤقتًا وأما البيع فلكونه مشروطًا، وليس في هذه العبارة تصريح بتوقيت الرهن إلَّا أن يقال: إنه إذا صار مبيعًا منه خرج من الرهن، فهو توقيت بالوقت الذي علق البيع عليه، وكون ذلك يكون أمانة قيل: الأجل لكونه رهنًا فاسدًا، ومضمونًا بعده؛ لكونه بيعًا فاسدًا منصوص عليه في «الأم».

هذا ما عليه الجمهور، **ووراءه شيئان غريبان: أحدهما**: في الضمان بعد الشهر نقل الإمام وجهًا: «أنه إنما يصير مضمونًا إذا أمسكه عن جهة البيع، أما إذا عرف فساد البيع وأمسكه عن ⇑ [٢/١٩٢] جهة الدين فلا، والصحيح:

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٩).

الأول»[١]؛ اعتبارًا بإذن المالك، فإنه لم يأذن في إمساكها بعد الشهر عن الدين، فهو بإمساكه لذلك متعدٍّ.

الآخر: في فساد الرهن نقل القاضي حسين في «تعليقه» أن العراقيين قالوا: يخرج في المسألة قول آخر: أن الرهن صحيح من مسألة ذكرناها، وهي إذا رهن شيئًا وشرط المرتهن لنفسه زيادة، فالشرط باطل، وفي الرهن قولان كذلك ها هنا.

وعلى هذا إذا قلنا بصحة الرهن، قال ابن الرفعة: إن علم الحال فيظهر أن لا ضمان بعد الشهر وجهًا واحدًا، وإن جهل الحال، فهو في نفس الأمر بعد الشهر مرهون، لكنه ممسك له؛ لجهله على حكم البيع، فهل يضمنه لذلك أو لا لما في نفس الأمر؟ فيه نظر، واحتمال.

قلت: الأقرب على هذا أنه لا يضمنه اعتبارًا بما في نفس الأمر، هذا ما يتعلق بما ذكره المصنف، ولابد من التنبيه على فائدة وهي أن عبارة الرافعي التي حكيناها على أنه يكون مبيعًا منه تفيد الاشتراط، وهكذا عبارة الشافعي في «الأم»؛ فإنه قال: «لو رهنه وشرط له إن لم يأته بالحق إلى كذا فالرهن له بيع، فالرهن فاسد، والرهن لصاحبه الذي رهنه»[٢]. انتهى.

وعبارة المصنف لم يصرح فيها بالاشتراط، وقد ذكر الروياني الصورتين، فقال: «إذا رهن على أنه إن لم يقضه إلى محله كان مبيعًا منه بالدين فالرهن والبيع فاسدان، أما الرهن؛ فلأنه مؤقت ومن شأن الرهن أن يكون مطلقًا، وأما البيع فمعلق.

ثم قال: لو قال: رهنتك هذا إلى سنة، فإن قضيتك فالعبد لي، وإن لم

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٩٢)، وانظر: فتح العزيز (٤/ ٥٠٩).
(٢) الأم (٣/ ١٧١).

أقضك فالعبد لك بيعًا به، فالرهن جائز، والبيع باطل، والفرق بينه وبين المسألة الأولى، أن هنا أخرج مخرج الخبر فلم يقدح في صحة الرهن وبطل البيع لتعليقه، وهناك أخرج مخرج الشرط بقوله: عليَّ، فكلاهما باطل؛ لأنه شرط في الرهن ما ينافيه»[١]. انتهى.

وهذا الذي قاله فيه نظر؛ لأن الصورة الثانية وإن لم يكن فيها شرط ففيها توقيت، وهو قد علل البطلان في الصورة الأولى بالتوقيت لا بالشرط، وكذا تعليل المصنف والرافعي بالتوقيت **وينبغي أن يجعل أربع صور:**

إحداها: إذا لم يوقت ولم يشترط في الرهن، بل قال: رهنتك، فإن لم أقضك عند الأجل، فهو مبيع ففي هذه الصورة يظهر ما قاله الروياني من فساد البيع وحده دون الرهن[٢]؛ لأن الرهن سالم عن الشرط والتوقيت.

الثانية: إذا شرط ولم يوقت كما إذا قال: رهنتك هذا على أنه إن لم أقضك عند الأجل، فهو مبيع، فالبيع والرهن فاسدان، ولا يخالف الروياني في هذا[٣].

نعم، يأتي فيها الخلاف الذي ذكره القاضي حسين عن العراقيين ويتجه جريانه.

الثالثة: إذا وقت ولم يشترط، فالبيع فاسد للتعليق والرهن فاسد للتوقيت؛ كما اقتضاه تعليلهم وتصوير المصنف، ولا ينبغي أن يجري الخلاف الذي نقله القاضي حسين هنا؛ لأن ذلك الخلاف في الشرط، وأما التوقيت فتصان العقود عنه، ولا يختلف فيه.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٠٨).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) انظر المصدر السابق.

الرابعة: إذا وقت واشترط، فقال: رهنك هذا إلى سنة على أنه إن قضيتك وإلَّا فهو مبيع منك، فهذه أولى ببطلان العقدين من التي قبلها، وكلام المصنف يمكن أن يحمل على هذه؛ لسبق الفهم إلى إرادة ذلك، ويمكن أن يحمل على الثالثة اعتبارًا بمدلول اللفظ.

الفرع الثالث: إذا قال: بشرط أن يكون موهوبة لك بعد شهر، قال ابن الرفعة: إنه يطرد فيه ما لو قال: تكون مبيعة قال: وقد يتوقف في بعض ذلك إذا قلنا: إن هبة ما في يد الشخص لا بد فيها من مضي زمان بعد الإذن في القبض إن احتيج إليه دون ما إذا قلنا: إنه لا يحتاج إلى ذلك، وقد يقال: بل ذلك جار على [٣/١٩٤ب] ⇑ كل حال؛ لأنه في الابتداء قابض في الشهر بحكم الأمانة وبعده بحكم الهبة.

الفرع الرابع: لو كانت أرضًا فغرس فيها المرتهن، أو بنى قبل دخول وقت البيع، والتصوير كما سبق في الفرع الثاني قلع مجانًا، وكذا لو غرس بعده وهو عالم بفساد البيع، وإن كان جاهلًا لم يقلع مجانًا لوقوعه بإذن المالك، وجهله بعدم الجواز، فيكون الحكم كما لو غرس المستعير ورجع المعير.

وللإمام احتمال في أن العالم كالجاهل لإذن الراهن والحق خلافه؛ لما نبه هو عليه من أن الراهن إنما ذكر بيعًا، فإن صح حكم به، وإن فسد وجرى غرس على جهل عذر، وإلَّا فهو غير معذور، ونص الشافعي قبل المدة على القلع مجانًا، وبعدها على أنه لا يقلع مجانًا، وفي إطلاقه ما يؤيد احتمال الإمام، لكن الأقرب حمله على حالة الجهل.

الفرع الخامس: إذا برئ الراهن عن الدين بأداء أو إبراء أو حوالة كان الرهن أيضًا أمانة في يد المرتهن، ولا يصير مضمونًا عليه إلَّا إذا امتنع من

الردِّ بعد المطالبة، وقال ابن الصباغ: «ينبغي أن يكون المرتهن بعد الإبراء كمن طيرت الريح ثوبًا إلى داره حتى يعلم الراهن به أو يرده؛ لأنه لم يرض بيده إلَّا على سبيل الوثيقة»[1].

وقد تقدم شيء من هذا عند قول المصنف: «فصل: ولا ينفك من الرهن شيء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين»[2]، وفرق صاحب «الاستقصاء» تبعًا للقاضي أبي الطيب بأن صاحب الثوب لم يرض بكونه في يده، وهنا رضي بذلك.

قال: وقيل: إذا لم يعلم الراهن بالإبراء انبغى أن يلزم العدل رده على الراهن أو إعلامه به؛ لأنه لم يرض بتركه عنده إلَّا على سبيل الوثيقة، ويخالف إذا علم؛ لأنه قد رضي بتركه في يده.

وقال أبو حنيفة: «إن قضاه كان مضمونًا، وإن أبرأه أو وهبه له، ثم تلف الرهن في يده؛ لم يضمنه استحسانًا»[3].

الفرع السادس: «لو أعاد المرهون من المرتهن لينتفع به؛ صح وضمنه.

وعند أبي حنيفة: يخرج عن كونه مضمونًا، بناءً على مذهبه أن العارية غير مضمونة، ولو رهنه أرضًا وأذن له في الغراس بعد شهر، فهي بعد الشهر عارية، وقبله أمانة حتى لو غرس قبله قلع، ولو غرس بعده، فسيأتي الحكم في العارية إن شاء الله تعالى»[4].

وقال الغزالي في «الوجيز»: «فهو بعد الغرس عارية»[5]، وقال الرافعي:

---

(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥٠٨).

(٢) المهذب (٢/ ٨٩).

(٣) انظر: البيان للعمراني (٦/ ٢٤).

(٤) فتح العزيز (٤/ ٥٠٩).

(٥) الوجيز (١/ ٣٣٣).

«إنه يجب تأويله؛ لأنه بعد الشهر عارية غَرَسَ أو لم يَغْرِس»[١] وحمله ابن الرفعة على ما إذا لم يوجد منه عند الأخذ ما يدل على قبول الشرط، فلا يصير بعد الشهر عارية إلَّا بالغرس، أما إذا أخذ على حكم الشرط، فلا فرق أن يغرس أو لا.

الفرع السابع: لو رهن بشرط أن يكون مضمونًا على المرتهن أو من يوضع تحت يده فسد الشرط والرهن، ثم لا يكون مضمونًا نصَّ عليه الشافعي والأصحاب، قال الماوردي: «إذا ثبت أن اشتراط ضمان الرهن فاسد وجب اعتباره، فإن كان مشروطًا بعد عقد الرهن، صح الرهن، وبطل الشرط، وإن كان مشروطًا في عقد الرهن بطل الرهن قولًا واحدًا، وهل يبطل البيع المشروط فيه؟ على **قولين؛ أحدهما**: يبطل. **والثاني**: لا، ولكن للبائع الخيار»[٢]، وما ذكره من كون الشرط إذا كان بعد العقد يبطل ويصح الرهن؛ يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون بعد القبض أو لا، وقد قال الشافعي في «الأم» في باب ضمان الرهن قبل باب التعدي في الرهن: «وإذا دفع الراهن الرهن على أن المرتهن ضامن فالرهن فاسد، وهو غير مضمون إن هلك»[٣]، هذا لفظه.

وإطلاقه يقتضي أنه إذا أطلق الرهن ثم شرط عند [٢/١٩٣] ⇑ القبض فسد الرهن، وذلك يعارض ما قاله الماوردي إلَّا أن يحمل كلام الشافعي أن مراده إذا اقترن الشرط بالعقد والقبض معًا، وهكذا كل شيء لا يكون مضمونًا في نفسه كالوديعة، ومال الشركة والمضاربة لم يَصِرْ مضمونًا بالشرط، وكل ما يقتضي إطلاقه أن يكن مضمونًا كالعارية والقرض، لم يصر أمانة بالشرط.

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٩).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٢٥٣).
(٣) الأم (٣/ ١٧١).

الثامن: قال صاحب «الاستقصاء»: إن قضاه الدين وطالبه برد الرهن عليه فأخره، فإن كان لعذر بأن كان بينه وبين الرهن طريق مخوف، أو باب مغلق أو خاف فوت الجماعة، أو الصلاة في وقتها، أو كان به جوع شديد وما أشبه ذلك، فأخَّر التسليم لأجله، فتلف الرهن، فلا ضمان عليه، وإن لم يكن له عذر فأخره، فتلف لزمه الضمان. ويلزمه قيمته أكثر ما كانت من حين المنع إلى حين التلف. انتهى.

وكذلك قاله الروياني في «البحر»، وقال: «فوت الجماعة أو الجمعة»[1]. وما قاله إذا خاف فوت الجماعة فيه نظر؛ لأن الجماعة سنة أو فرض كفاية، وتسليم الرهن بعد الفكاك والمطالبة فرض عين تضيَّق، فينبغي أن يشتغل به، ويكون عذرًا في ترك الجماعة، وقد تقدم عن الكلام في الشروط في الرهن شيء من الكلام في هذا الفرع.

التاسع: أسلم في طعام وأخذ به رهنًا ثُمَّ تَقَايلا السَّلم برئت ذمة المسلم إليه ولزمه ردُّ رأس المال وانفسخ الرهن، وكذا إذا أقرضه دراهم وارتهن بها شيئًا، ثم صالح على طعام أو صارفه على دنانير سقط القرض عن ذمته، وانفسخ الرهن، فإن تفرقا قبل قبض الدنانير بطل الصرف، وعاد القرض في ذمته، وعاد الرهن؛ كالعصير المرهون إذا تخمر ثم تخلل، وإن تفرقا قبل قبض الطعام **فوجهان**؛ **أحدهما**: يبطل كالصرف.

والثاني: لا يبطل، وإن تلف الطعام أو الدنانير قبل القبض بطل العقد وعاد القرض في الذمة وعاد الرهن.

العاشر: وإن لم يكن هو والذي قَبِلَه من فروع الأمانة لو قال: خذ هذا الكيس واستوف حقك منه؛ فهو أمانة في يده قبل أن يستوفي حقه منه، فإذا

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٣٢٨).

استوفاه منه كان مضمونًا عليه، ولو قال: وفيه دراهم: خذه بدراهمك وكانت الدراهم التي فيه مجهولة القدر، أو كانت أكثر من دراهمه؛ لم يملكه، ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد، وإن كانت معلومة بقدر حقه ملكه.

ولو قال: خذ هذا العبد بحقك، ولم يكن سلما، فقبل ملكه، وإن لم يقبل وأخذه دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد، ونبه ابن الرفعة فيما إذا كانت الدراهم معلومة بقدر حقه، وكان للكيس قيمة أنه يمتنع لقاعدة مدّ عجوة، وإنما لا يمتنع إذا لم يكن للكيس قيمة.

الحادي عشر: تعدي المرتهن في الرهن لا يفسخ الرهن، بل يصير مضمونًا عليه، وللراهن نقله من يده، وتعدي العدل كتعدي المرتهن وتضمنه ضمان الغصوب؛ كما يضمن المودَع الوديعة إذا تعدى فيها، ولا يضمنه بالدين، كما يقوله من قال بضمان الرهن.

نعم، إن كانت قيمته من جنس المدين، وهو حال جاءت أقوال التقاص، وإن كان مؤجلًا تؤخذ القيمة، فإن شاء الراهن عَجّل، وإن شاء وضعها رهنًا.

الثاني عشر: من فوائد كون الرهن أمانة في يد المرتهن، أنه لا يجب عليه مؤنته ولا مؤنة تعهده، وكذا مؤنة نقله إلى يد المرتهن أو الموضوع تحت يده على الراهن، وفي مؤنة رده بعد الفكاك وجهان تقدَّما. [٢/١٩٣ب]

الثالث عشر: قولنا في الأمانة الشرعية؛ كمن طيَّرت الريح ثوبًا إلى داره يجب عليه الرد أو الإعلام، معناه: أنه ما دام لا يعرف صاحبها فيده يد أمانة، فإذا عرفه؛ وجب الرد.

الرابع عشر: لو أصدق امرأته صداقًا وأعطاها به رهنًا، ثم طلقها قبل الدخول، سقط نصف الصداق ولم ينفك من الرهن شيء.

باب اختلاف المتراهنين

إذا اختلف المتراهنان، فقال الراهن: ما رهنتك، وقال المرتهن: بل رهنتني، فالقول قول الراهن مع يمينه؛ لأن الأصل عدم العقد.

الشَّرْحُ

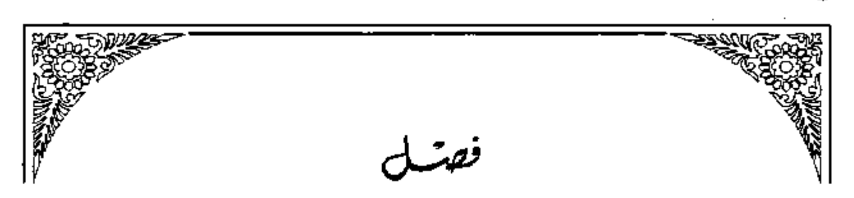
الحكم لا خفاء فيه، وأغرب الغزالي، فحكى في كتاب «الدعاوى» وجهًا: إذا كانت العين في يده أنه يُقْبل قوله في الارتهان، وساعده الرافعي هناك على حكايته، وقال: «هما الوجهان اللذان سبق ذكرهما في الرهن في باب الاختلاف»[1]، والذي رأيته في باب الاختلاف، إنما هو فيما إذا اتفقا على الرهن، واختلفا في القبض، ويثبت الرهن وشرطه بشاهد وامرأتين، كسائر الأموال.

وقيل: لا يثبت الرهن إلَّا برجلين، وقول المصنف: «الراهن والمرتهن» فيه تجوز، وتحرير العبارة أن يقال: «المالك وصاحب الدين»؛ لأن اسم الراهن والمرتهن مشروط بتحقق الرهن والفرض التنازع فيه.



(١) فتح العزيز (١٣/ ١٧٦).

قال:



فصل

[في الاختلاف في عين الرهن]

وإن اختلفا في عين الرهن، فقال الراهن: رهنتك العبد وقال المرتهن: بل رهنتني الثوب فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب، فإذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهنًا بيمينه، وخرج العبد عن أن يكون رهنًا برد المرتهن.



الشرح

هذا أيضًا لا خفاء فيه، وقال الفوراني في «الإبانة»: لو اختلفا في جنس الرهن أو في مقداره أو في عينه، فالقول قول الراهن؛ لأن القول قوله في عقد الرهن وغَلِطَ المزني، فقال: «القول قول الراهن في الحق، والقول قول المرتهن في الرهن»[1]، وهذا إنما يكون إذا كان الرهن في يده، بحيث لو ادعى ملكه لكان القول قوله، وقد صدقه ربه على وجود الدين، وقال ابن الرفعة: إن ابن الصباغ قال: حكى في «التعليق»، يعني: الشيخ أبا حامد عن المزني أنه قال: القول قول المرتهن إذا كان في يده وتعلق باليد، وجوابه: أنها تدل على الملك لا على الرهن. انتهى.

ولم أر هذا في «الشامل» في هذا الموضع، وإنما ذكره في مسألة الأرض والشجر، كما سنذكره.

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٦).

ويظهر لك أنه لا تجوز نسبته هنا إلى المزني.

واعلم أن هذا الفصل والذي قبله، إن كان الذي يدَّعي المرتهن رهنه ليس في يده وليس الرهن مشروطًا في عقد، فالقول قول الراهن بيمينه بلا خلاف، وإن كان مشروطًا في بيع تحالفا كما في اختلافهما في سائر كيفيات البيع وفيه شيء سننبه عليه، وإن كان في يده وهو يدعي الرهن والراهن ينكره إما أن ينكر أصل الرهن أو رهن هذا المعين، فإن لم يعترف المالك بدين عليه فلا شك أن القول قوله، ولا يأتي فيه خلاف أيضًا.

وإن اعترف بالدين وأنكر الرهن والدين في يده العين يدعيه، فها هنا يجري الخلاف الذي نقله الغزالي، والأصح منه أن القول قول المالك؛ إذ لا دلالة لليد على الرهن والوجه الآخر يعتبرها.

وقال المزني: تنظيره فيما إذا اختلفا في المقدار كما سيأتي في كلام المصنف، فإن كان الوجه المذكور منقولًا عن أحد من الأصحاب غير المزني، فقد توافق قولهما، ويحتمل أن يكون مأخوذًا من خلاف المزني؛ إذ لا فرق بين الاختلاف في قدر الرهن وعينه وجنسه وأصله، والوجه المذكور الموافق لقول المزني لم أره إلَّا في كلام الغزالي.

وقال الرافعي في كتاب [٢/١٩٤] الدعاوى: «ولو أنه اعترف بالملك، وادعى رهنًا أو إجارة وكذبه المدَّعي، فمن المصدق منهما فيه وجهان، وهما اللذان سبق ذكرهما في الرهن في باب الاختلاف»[1]. انتهى.

والذي ذكره هنا في باب الاختلاف أنه ذكر اختلافهما في الرهن أولًا، ولم يذكر خلافًا أن القول قول المالك، ثم ثنى باختلافهما في القبض، فقال: «إذا تنازعًا في قبض المرهون، نظر إن كانت وقت النزاع في يد

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ١٧٦).

الراهن، فالقول قوله مع يمينه، كما في أصل الرهن، وإن كان في يد المرتهن، وقال: أقبضنيه عن الرهن، وأنكر الراهن، نظر إن قال: غصبته، فالقول قوله.

وإن ادعى قبضه عن جهة أخرى مأذون فيها **فوجهان؛ الأصح المنصوص**: أن القول قول الراهن.

والثاني: أن القول قول المرتهن؛ لأنهما اتفقا على قبض مأذون فيه، وأراد الراهن أن يصرفه إلى جهة أخرى؛ والظاهر خلافه؛ لتقدم العقد المحوج إلى القبض»[١]. انتهى.

وبهذا التصوير والتعليل يعلم تقييده بما إذا اتفقا على تقدم رهن وعلى أنه مقبوض بإذنه، وكلام الغزالي مطلق، اللهم إلَّا أن يؤخذ من قول الرافعي أن الوجهين اللذين في الدعاوى هما اللذان هنا، ومن تقييده هنا أن كلام الغزالي مقيد، وأن الوجهين في كلام الغزالي محلهما إذا اتفقا على تقدم رهن وقبض بإذن، واختلفا في أنه عن الرهن أو لا، ولكن هذا تقييد بعيد.

ونحن اتبعنا في حكاية الوجه السابق عن الغزالي ابن الرفعة، فإنه حكاه فيه، وهو معذور؛ لإطلاق كلام الغزالي، وعدم تصريح الرافعي بتقييده.

وذكر الرافعي: «أن في «النهاية» حكاية وجه بعيد فيما إذا قال: غصبته أيضًا أن القول قول المرتهن استدلالًا باليد على الاستحقاق، كما يستدل بها على الملك»[٢]، وهذا هو الذي حكاه الغزالي بعينه؛ لكنه مفروض في كلام الرافعي فيما إذا اتفقا على تقدم رهن، واختلفا في القبض، وإن كان هو في كلام الغزالي مطلقًا، وهو الأولى؛ لأن الاستدلال باليد لا فرق فيه، ولو لم

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٣).

(٢) المصدر السابق.

يستدل باليد كان يمكن الفرق بأن تقدم الرهن مع اليد أقوى من اليد وحدها؛ فلا يلزم من إثبات الخلاف عند تقدم الرهن إثباته إذا تنازعا فيه.

وعلى الجملة: هذا بحث فيما يقتضيه كلام الرافعي، وأما الخلاف، فثابت بنقل الغزالي، ولا يمكن حمل كلام الرافعي على القولين اللذين ذكرهما هنا، فيما إذا اعترف بأنه رهنه من كل من رجلين وصدَّق أحدهما في السبق، كما سيذكره المصنف؛ لأن سبق تصديقهما مرجح، ولأن ذلك الخلاف قولان لا وجهان.

وقول المصنف: فإذا خرج الثوب عن أن يكون رهنًا بيمينه؛ أي: في ظاهر الحكم، وأما في الباطن فهو على ما كان عليه إن كان المرتهن صادقًا، فهو رهن حتى يمتنع على الراهن فيما بينه وبين الله التصرف فيه، وإلَّا فلا.

وقوله: وخرج العبد عن أن يكون رهنًا برد المرتهن، أما في الحكم فصحيح؛ لأن المالك أقر له بالرهن، وهو ينكره، فلا يعمل بإقراره، وأما في الباطن فيلتفت على الخلاف في أن إنكار العقد الجائز هل يكون فسخًا؛ لأن الرهن جائز من جهة المرتهن، وما ذكرناه من تحالفهما إذا كان مشروطًا في بيع، لا فرق فيه بين أن يكون في يد المرتهن أو لا.

فرع

قال: «رهنتني العبد الذي في يدي، فقال: ما رهنتك إلَّا عبدًا آخر أتلفته، فعليك قيمته؛ فالقول قول الراهن في الموجود والقول قول المرتهن فيما يُدَّعى عليه من الإتلاف، فلا يغرم»؛ قاله الروياني[1]، ورأيته [٢/١٩٤ب] في «الأم» في الرهن الصغير[2].

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٧٢).

(٢) الأم (٣/ ١٩٦).

فرع تقدم أنه إذا كان مشروطًا في بيع تحالفا، قال الماوردي: «يبتدئ المشتري باليمين لا يختلف فيه المذهب، لأن يمينه لإنكار عقد الرهن، ويمين البائع لفسخ البيع بعدم الرهن، فيقول المشتري: والله لقد اشتريتها بلا رهن، ثم يحلف البائع بالله لقد باعها برهن، فإذا حلفا خرج العبد من الرهن، ولم يلزم البائع إمضاء البيع بلا رهن، وكان بالخيار بين إمضائه بلا رهن وفسخه، وإن حلف المشتري دون البائع لم يكن للبائع فسخ البيع، وإن حلف البائع دون المشتري كان العبد رهنًا، ولم يكن للبائع فسخ البيع»[1].

فرع ما ذكرناه من جريان التحالف لا شك فيه إذا اختلفا في البيع بالرهن ودونه، وهكذا صوره الماوردي، أما الرافعي فإنه ذكر اختلافهما في أصل الرهن، وقدر المرهون، والمرهون به، وأن القول قولُ الراهن، ثم قال: «واعلم أن الحكم بتصديق الراهن في هذه الصورة مفروض، فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع، أما إذا اختلفا في رهن مشروط في بيع فالجواب أنهما يتحالفان كما في سائر كيفيات البيع، إذا وقع فيها الاختلاف»[2]. انتهى.

وهو صحيح على ما صوره الماوردي، أما إذا اتفقا على البيع بشرط العبد الفلاني مثلًا، ورأيناه في يد المشتري واختلفا، هل رهن أو لا؟ **فإن قلنا**: إنه بنفس الشرط يصير رهنًا فلا فائدة لهذا الاختلاف، وهو رهن، ويظهر أن هذا اختيار الماوردي.

---

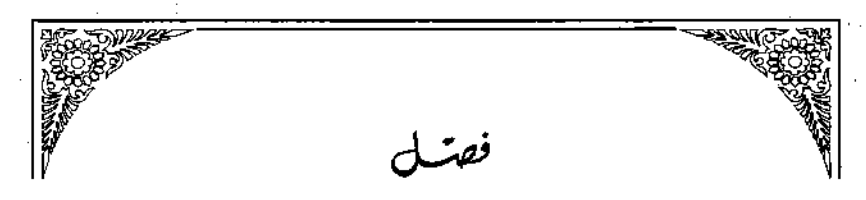
(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٩٤).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٢٩).

وإن قلنا: لابد من إنشاء رهن، كما هو اختيار الرافعي فها هنا يصح أن يقال: يصدق الراهن، وفائدته أن يأخذ الرهن ويمتنع من تسليمه؛ ليفسخ المشتري العقد أو يأخذه بلا رهن، فلا يحتاج إلى فرض المسألة في رهن التبرع.



قال:



فصل

[في الاختلاف في قدر الرهن]

وإن اختلفا في قدر الرهن، فقال الراهن: رهنتك هذا العبد. وقال المرتهن: بل رهنتني هذين العبدين؛ فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الرهن إلَّا فيما أقرَّ به، ولأن كل من كان القول قوله إذا اختلفا في الأصل كان القول قوله إذا اختلفا في قدره كالزوج في الطلاق.

وإن رهنه أرضًا وأقبضه ووُجد فيها نخل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن، ويجوز أن يكون قبله، فقال الراهن: حدث بعد الرهن، فهو خارج من الرهن، وقال المرتهن: بل كان قبل الرهن ورهَنْتنيه مع الأرض فالقول قول الراهن، وقال المزني: القول قول المرتهن؛ لأنه في يده، وهذا خطأ لما ذكرناه في العبدين.

وقوله: «[إنها][1] في يده» لا يصح؛ لأن اليد إنما يقدم بها في الملك دون العقد؛ ولهذا لو اختلفا في أصل العقد كان القول قول الراهن، وإن كانت العين في يد المرتهن وإن رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر، وقلنا: إنه يصح العقد، واختلفا في مقدار الحمل الأول؛ فالقول قول الراهن، وقال المزني: القول قول المرتهن؛ لأنه في يده، وهذا لا يصح؛ لأن الأصل

(١) في المطبوع من المهذب: «إنه».

أنه لم يدخل في العقد إلَّا ما أقر به، وأما اليد فقد بينا أنها لا يرجع بها في العقد.

الشَّرْحُ

هذه ثلاث مسائل، وخلاف المزني في الثلاثة منصوص في «المختصر»؛ إذ قال الشافعي فيه: «والقول قول الراهن في قدر الثمرة المختلطة من المرهونة كما لو رهنه حنطة، فاختلطت بحنطة الراهن كان القول قوله في قدر المرهونة من المختلطة بها»(١).

قال المزني: «هذا أشبه بقوله، وقد بينته في هذا الكتاب في باب ثمر الحائط يباع أصله» قال المزني: «وينبغي أن يكون القول في الزيادة [٢/١٩٥] قول المرتهن؛ لأن الثمرة في يديه، والراهن مدَّعٍ قدر الزيادة عليه؛ فالقول قول الذي هي في يديه مع يمينه في قياسه عندي، وبالله التوفيق»(٢). انتهى.

وقد قدمت هذا ورد الأصحاب عليه عند قول المصنف: فصل: «وإن كان له أصول تحمل في السنة مرة بعد أخرى»(٣).

والمسألة الثانية: نقل المحاملي في «التجريد» و«المجموع»، وسُلَيْمٌ في «التقريب»، والجرجاني في «الشافي»، فيها خلاف المزني كما نقله المصنف، وهو قياس خلافه في الثالثة، ولم يتعرض آخرون لذلك، بل جزموا بأن القول قول الراهن منهم الماوردي وغيره، وجزم ابن الصباغ في صدر كلامه بأن القول قول الراهن، وأورد على نفسه اليد، وأجاب ثم قال:

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٨).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) المهذب (٢/ ٩٣).

وقد حكى في «التعليق» - يعني أبا حامد أو أبا الطيب - عن المزني أنه قال: القول قول المرتهن، وتعلق باليد، وقد أجبنا عن ذلك. انتهى.

فالمصنف ومن وافقه تبعوا ما حكاه في «التعليق» ولفظه في «المختصر»: عن الشافعي: «ولو رهنه أرضًا ونخلًا ثم اختلفا فقال الراهن: أحدثت فيها نخلًا، وأنكر المرتهن ولم تكن دلالة، وأمكن ما قاله الراهن فالقول قوله مع يمينه كالمسألة قبلها»(١)، انتهى.

ولم يتعقب المزني ذلك بشيء، وقال بعد ذلك في كتاب الرهن والحميل في البيع: «قال المزني: وجملة قوله في اختلاف الراهن والمرتهن، أن القول قول الراهن في الحق، والقول قول المرتهن في الرهن فيما يشبه ولا يشبه، ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه»(٢). انتهى.

فإن كان ما حكى في «التعليق» مستندًا إلى هذا الكلام، فسيأتي اختلاف الأصحاب في تأويله، وإن كان مستندًا إلى نقل صريح فلعله.

والمسألة الأولى: ذكرها المصنف جازمًا بها، واستدل بها للثانية، كأن المزني لا يطرد قوله فيها، واعلم أن ابن الصباغ ذكر قول المزني الذي حكيناه قريبًا، ثم قال: إذا اختلفا في الرهن، فقال الراهن: رهنتك أحد العبدين اللذين في يدك، وقال المرتهن: بل رهنتنيهما جميعًا؛ فالقول قول الراهن.

ثم إذا ثبت هذا، فقد بينا أن القول قول الراهن في قدر الدَّين وقدر الرهن، فأما قول المزني: إن القول قول المرتهن في الرهن، فإنما هو محمول على اختلاف البائع والمشتري في الرهن المشروط في البيع، فإنهما

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٥).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٦).

يتحالفان، ويُبدأ بيمين البائع - وهو المرتهن - فهذا موضع ما ذكره. انتهى ما قاله ابن الصباغ.

وفيه فائدتان؛ إحداهما: أنه لا فرق بين المسائل كلها.

والثانية: تأويل كلام المزني وحينئذٍ لا يبقى خلاف بيننا وبينه إلَّا في البُداءة على ما سنتعرض له على أحد الأقوال، والمحاملي في «التجريد» لما حكى قول المزني قال: وهذا غلط؛ لأن المرتهن أقر للراهن بملك النخل، وادعى عليه عقدًا فيه، فلم تقبل دعواه ذلك عليه، كما لو قال رجل: هذا الثوب الذي في يدي لفلان رهنه عندي؛ فإنه لا يقبل دعواه عليه الرهن، فكذلك ها هنا. انتهى.

وهذا يشير إلى أن المزني لا يطرد قوله في تلك المسائل، وذكر الماوردي قول المزني، وجملة قوله أن القول قول الراهن في الحق وقول المرتهن في الرهن، وقال: قوله: «القول قول الراهن في الحق صحيح مطرد، وقوله القول قول المرتهن في الرهن، فلا يمكن حمله على ظاهره؛ لأن المرتهن لو ادعى في الحق رهنًا وأنكره الراهن كان القول قول الراهن.

واختلف أصحابنا في تأويله ومراده على **ثلاثة مذاهب؛ أحدها:** [٢/١٩٥ب] ⇧ أن مراده إذا اختلفا في الرهن بعد تلفه؛ فقال الراهن: تلف بتعديك، وقال المرتهن: تلف بغير تعدٍّ.

والثاني: أن مراد المزني إذا اختلف بعد تلف الرهن بالتعدي في قدر قيمته.

والثالث - وهو أصح المذاهب: أن مراده إذا اختلفا في البيع فقال الراهن: ابتعت بلا رهن، وقال المرتهن: ما بعت إلَّا برهن، فالقول قول

الراهن في الحق أنه لزمه بغير رهن، والقول قول المرتهن في الرهن أنه وثيقة في الحق. ألا تراه قال بعده: ويحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه، وهما لا يتحالفان إلَّا في مسألة البيع»[١]. انتهى ما قاله الماوردي.

وقد ظهر لك بما ذكرناه أنه ينبغي أن يكون في المسألة **طريقان؛ إحداهما**: تأويل كلام المزني، والقطع في رهن التبرع بأن القول قول الراهن، وفي المشروط في بيع بالتحالف.

والثانية: إثبات خلاف ما اعتمده المصنف، والقائلون بهذا لم أر أحدًا منهم طرده في المسألة الأولى، وهي ما إذا قال: رهنتني العبدين، فقال: أحدهما، بل جزموا فيها بأن القول قول الراهن إلَّا ما تقدم من كلام الفوراني وابن الرفعة ولعله بالتخريج لا بالنقل.

وكلام بقية الأصحاب يشير إلى إبطال قوله بتلك المسائل لاطراده فيها، وهذا شأن الأقوال الضعيفة أن يرد عليها بالمسائل المتفق عليها؛ إما للعلم بأن صاحبها لا يطرد قوله فيها، وإما لأنه لو طرده لورد عليه أكثر مما ورد عليه في المسألة التي تكلم فيها. أما أنَّا نأخذ كل قول ضعيف نطرده في كل ما يساوي محله فليس من دأب العلماء، وكم من قول يكون ضعفه يخفى على قائله في محله، فإذا قدّر عند نفسه طرده في مواضع أخرى ربما كاع عنه وتجلى له ضعفه؛ فلذلك قلت: إنه لا يجوز نقله في المسائل المتقدمة لا سيما في تنازعهما في أصل الرهن.

نعم، هو لازم لقائله، فإما أن يطرده، وإما أن يفرق، وإما أن يرجع عن قوله - وهو الصواب ها هنا؛ ولذلك لم يقبله أحد، بل الأصحاب منقسمون إلى مغلط ومتأول، والأقوال اللازمة للمذاهب إنما تنسب على أصحاب

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٩٥ - ١٩٦).

تلك المذاهب بشرطين: **أحدهما**: مساواة الموضع الذي تكلموا فيه للموضع المسكوت عنه.

والثاني: ألا يظهر بسبب تعديته إلى المسكوت عنه ضعفه، فإذا اجتمع هذان الشرطان جاز التخريج وإلَّا فلا؛ لأن قائلها قد يكون إذا عرض عليه ذلك يرجع، فلا ينسب إليه إلَّا ما يعلم أنه لا يرجع عنه، ومتى فقد الشرط الثاني وحده يكون إلزامًا لا تخريجًا، ومتى فقد الأول انتفى الإلزام والتخريج.

فهذه قاعدة في الأقوال والوجوه التي تريد إثباتها أو تزييفها، وبهذا ظهر استدلال المصنف على المزني والتوقُّف فيما قاله الفوراني وابن الرفعة.

فرع قد تقدم قول الرافعي أن الحكم بتصديق الراهن إذا كان رهن تبرع، فإن اختلفا في رهن مشروط في بيع تحالفا، وقول الماوردي: «إنه يبدأ بيمين المشتري هنا بلا خلاف»[1]، وقول ابن الصباغ في تأويل كلام [٢/١٩٦] المزني: إنه يبدأ بيمين البائع، وهو المرتهن، وقول الماوردي: إن المشتري يقول: «والله لقد اشتريتها بلا رهن ثم يحلف البائع لقد باعها برهن، فإذا حلفا كان البائع بالخيار في فسخ البيع»[2]، هكذا قال في اختلافهما في أصل الرهن.

وقال في مسألة الأرض والنخل: «القول قول الراهن فإذا حلف الراهن، فالنخل خارجه من الرهن، فإن كان في دين فلا خيار للمرتهن، وإن كان في بيع أحلف المرتهن بالله: لقد كان النخل داخلًا في الرهن، فإذا حلف، فله

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٩٤).

(٢) المصدر السابق بمعناه.

الخيار في فسخ البيع؛ لأنه لم يعترف بالبيع إلَّا برهن لم يحصل له، فإذا حلف فيصير الراهن حالفًا والمرتهن حالفًا، إلَّا أن يمين الراهن بخروج النخل من الرهن ويمين المرتهن لفسخ البيع»[١].

وقال المحاملي في «التجريد» في مسألة النخل: إذا حلف الراهن حكمنا بيمينه أن النخل خارجة من الرهن، فإن كان الراهن على بيع، فالمتبايعان يختلفان في قدر الرهن، فيقال للمرتهن: قد حلف الراهن أن النخل ليست برهن؛ أتسمح بأن تأخذ الأرض رهنًا، وتترك النخل، فإن ترك وسمح أقر العقد بينهما، وإن قالا: لا أسمح قيل للراهن: أتسمح أن يسلم إليه الأرض والنخل رهنًا، فإن سمح أقر العقد، وإن قال: لا أسمح، قيل له؛ فقد حلف على ما ادَّعاه فاحلف أنت أيضًا على ما يدعيه؛ لأنهما متبايعان يختلفان في قدر الرهن المشروط في البيع فيثبت بينهما التحالف، فإذا تحالفا انفسخ البيع بتحالفهما، ويسقط الرهن؛ لأنه تابع له. انتهى.

وهو يوافق الماوردي في البداءة بالمشتري، وفي حلف كلٍّ منهما على شيء واحد بخلاف قاعدة التحالف، حيث يجمع بين النفي والإثبات، ويخالف الماوردي في أثر التحالف، فإن الماوردي جعل أثره الخيار، والمحاملي جعل أثره الانفساخ على قياس قاعدة التحالف.

وقال المحاملي في «التجريد» أيضًا في اختلافهما في أصل الرهن: وإن اختلفا في رهن على حقٍّ مستقرٍّ، فالقول قول الراهن، وإن اختلفا في رهن على حق غير مستقر، بأن ادعى أنه باعه عبدًا بمائة ورهنه بالثمن عبدًا له، فقال: بل رهنتني عبدين أو اتفقا على قدر الرهن واختلفا في الثمن تحالفا. وقد ذكرنا هذا في البيوع.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٢٧ - ١٢٨).

وقال ابن الصباغ في مسألة النخل - بعد أن قال: إن القول قول الراهن: إذا ثبت هذا، فقد ثبت بيمين الراهن أن ذلك لم يدخل في الرهن والمرتهن يدعي دخوله، وذلك اختلاف في قدر ما تناوله عقد الرهن، فإن كان الرهن على القرض، فلا كلام، وإن كان مشروطًا في عقد البيع، فقد اختلفا في شرط من شرائط البيع، وذلك يقتضي التحالف، وقد حلف الراهن، فإن رضي المرتهن بذلك فلا كلام، وإن أبى حلف على أن هذا كان داخلًا في الرهن، فإذا حلف كان له الخيار في البيع إلَّا أن يرضى بتسليمه إليه رهنًا. انتهى.

وهذا يوافق الماوردي في البداءة بالمشتري وفي كونه حلفًا لا تحالفًا، وفي إثبات الخيار للبائع، ولم يتعرض ابن الصباغ عند الكلام في اختلافهما في أصل الرهن لكيفية التحالف إذا كان مشروطًا في بيع سوى حمله ⇑ [٢/١٩٦ب] كلام المزني على ذلك، كما سبق.

وقال الروياني في «البحر» في مسألة النخل: «القول قول الراهن»[(١)]، وقال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: «القول قول المرتهن»[(٢)]، وذلك سهو منه، فإذا حلَّفنا الراهن يحلف أن هذه النخيل أحدثها بعد العقد على الأرض، وهكذا لو رهن مع النخيل واختلفا هكذا في بعض النخيل فيها، فإذا حلف يكون حكمه حكم المسألة قبلها؛ أي في أنه لا يقلع النخل في الحال، وإذا حل الحق وبيعت مع الأرض قسط الثمن عليهما إلى غير ما تقدم بيانه.

قال الروياني: «قال أصحابنا: فإن كان هذا الرهن في البيع فاختلفا في وقوع البيع على رهن النخل الذي يتداعيانه فيجب أن يتحالفا، وقد حلف

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٥٨).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٨).

الراهن فيقال للبائع المرتهن: أيقنع أن تكون الأرض رهنًا بلا نخل، فإن قنع فلا كلام، وإن لم يقنع قيل للراهن: أتسمح أن يكون النخيل رهنًا مع الأرض فإن سمح فلا كلام، وإن لم يسمح قيل للبائع: قد حلف الراهن ولم تحلف أنت، فاحلف أنت لقد رهنتها بنخلها، فإن حلف؛ قيل له: أنت بالخيار بين أن تقيم على البيع أو تفسخ.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: هذا إذا قال الراهن: كانت النخيل فيها واستثنيتها، أو قال: رهنت الأرض دون النخيل وخالفه المرتهن، أما إذا قال: رهنتك جميع النخيل التي في الأرض لكن هذه النخلة بعينها لم تكن يومئذٍ، وقال المرتهن: قد كانت فالقول قول المرتهن؛ لأنهما لم يختلفا في صفة العقد، وفي هذا نظر؛ لأنه يقول: كان الشرط هذه النخلة بعينها مع الباقي، وهو ينكر ذلك، فهو اختلاف في قدر الرهن المشروط فيتحالفان كما ذكرنا»[1]. انتهى.

وقال الروياني في اختلافهما في أصل الرهن: «إذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق، فإن كان مستقرًّا كالفرض وقيمة المتلفات وثمن المبيع فقال المرتهن: الحق ألف ورهنتني هذا العبد به، وقال الراهن: خمسمائة، فالقول قول الراهن، وإن كان غير مستقر كثمن المبيع قبل القبض، فقال: بعتكه بألف على رهن هذا العبد، وقال المشتري: بل بخمسمائة على رهن هذا العبد: تحالفا.

وإن كان اختلافهما في قدر الرهن فإن كان الحق مستقرًّا، فقال: رهنتني عبدين به، وقال الراهن: عبدًا واحدًا، فالقول قول الراهن، وإن كان غير مستقر، فقال: بعتكه على رهن هذين العبدين، وقال المشتري: بل على

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٥٧ - ٢٥٨).

رهن هذا العبد الواحد تحالفا، وهكذا لو قال المشتري: اشتريته من غير شرط الرهن يتحالفان، فإذا تحالفا فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم.

ولو اختلفا في أصل وجود الرهن، فقال الراهن: لم أرهنك شيئًا، فالقول قوله، وكذا لو تصادقا على وجود الرهن واختلفا في تعيينه أو في قدره كما لو قال: رهنتني هذين، وقال الراهن: رهنت أحدهما بعد أن اتفقا على أن الشرط في البيع كلا العبدين، فالقول قول الراهن ⇑ [٢/١٩٧] أيضًا؛ لأن الأصل أنه لم يرهن. وإن شرط ذلك.

فإن قيل: ما معنى قول المزني: القول قول المرتهن في الرهن.

قلنا: نحن نجعل القول قوله في كثير من المسائل في تلف الرهن وقيمته، وإذا ادعى الراهن أنه أذن له في بيعه أو إعتاقه، وكذلك إذا شرطه في بيع وادعى أنه رهنه، ووفى بالشرط وأنكر المرتهن، وأراد فسخ البيع القول قوله، وقال أبو حامد: تأويله إذا كان في بيع وتحالفا يبدأ بيمين البائع - وهو المرتهن - فقوله: القول قول المرتهن - يعني في البداءة»[(١)].

ثم حكى الروياني كلام الماوردي، ثم قال: «**فإن قيل**: إذا كانت المسائل مختلفة، فلم أطلق المزني؟

قلنا: يحتمل أنه أراد أحد قسمي المسائل. ويحتمل أنه أراد بهذا الإطلاق ما عطف عليه قوله فيما يشبه ولا يشبه ردًّا على مالك، فمتى ادعى المرتهن على الراهن أنك لم تسلم إليَّ ما اشترطناه رهنًا فلي فسخ البيع، وأنكر الراهن، فالقول قول المرتهن؛ سواء اشتبهت الحال ما قال أو أشبهت ما قال المرتهن»[(٢)]. انتهى.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٩٦ - ٢٩٧) بمعناه.

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٩٧ - ٢٩٨) بمعناه.

وقوله: فإذا تحالفا فقد ذكرنا حكمه، فيما تقدم - يعني به الذي حكيناه عنه في مسألة النخل - وقال المحاملي في «المجموع» مثل ما قال في «التجريد» سواء، وقال سليم في «تقريبه»: إذا كان الرهن مشروطًا في بيع واختلفا في قدره أو قدر الحق، فيتحالفان على ما مضى إذا اختلفا في قدر الثمن أو المثمن.

وقال القاضي حسين في مسألة النخل: إن كان الرهن مبتدأ غير مشروط في بيع؛ فالقول قول الراهن، وكذلك إذا كان مشروطًا، وأنكر وجوده يوم العقد وليس يستند هذا الاختلاف إلى أصل العقد، فلم يكن من التنازع الذي يجري فيه التحالف.

وقال العراقيون من أصحابنا: إذا حلف الراهن يقال له: أتسمح أم لا؟ فإن أَبَى، يقال للمرتهن: أتسمح؟ فإن سمح يكون خارجًا من الرهن، وإن أبى يحلف المرتهن حينئذ ويفسخ العقد بينهما. وقال المزني: القول قول مَن الشيء في يده، وهو المرتهن، فإن قال الراهن: رهنتك الأرض دون النخل أو قال: استثنيت نخلاتٍ منها يتحالفان. انتهى.

وهذا هو الذي أشار إليه الروياني بقوله: «عن بعض أصحابنا بخراسان»، وقال القاضي حسين أيضًا في اختلافهما في أصل الرهن أو في قدره: القول قول الراهن، وتأويل كلام المزني أن الرهن إذا كان مشروطًا في بيع، فتنازعا في أصله وقدره، فيتحالفان ويبدأ بيمين البائع، وهو المرتهن فجعل القول قوله على هذا المعنى أو اختلفا في فسخ الرهن، فقال الراهن: فسخنا، وأنكر المرتهن، فالقول قول المرتهن.

وقال البغوي: «لو رهن أرضًا وفيها أشجار فاختلفا، فقال الراهن: رهنتك دون ما فيها، وقال المرتهن: بل رهنتني بما فيه، نظر إن كان الرهن مشروطًا

في بيع فيتحالفان ويفسخ البيع، وإن كان رهن تبرع، فالقول قول [٢/١٩٧ب] الراهن مع يمينه، فلو رهنها مع الأشجار، ثم أشار الراهن إلى شجرة وقال: هذه حدثت بعد الرهن، فهي خارجة عن الرهن، وقال المرتهن: بل كانت موجودة يوم الرهن وكل واحد محتمل؛ فالقول قول الراهن مع يمينه، فإذا حلف: هل للراهن قلع الشجرة؟ حكمه حكم الحادث بعده»[١].

وقال الإمام في مسألة النخل: «القول قول الراهن في نفي الرهن، ولو اقتصر على نفي وجود النخل، فالأظهر أنه يكفي، والمسألة مفروضة إذا قال المرتهن: كانت موجودة فرهنتنيها مع الأرض ولهذا نظائر في الدعاوى، ولو قال: رهنتني الأشجار ولم يتعرض لوقت ولم يذكر اقترانها ولا تأخرها، فلا ينفع، والدعوى على هذه الصيغة تعرض الراهن لتقدم وجود النخيل أو تأخرها.

وهذا بيِّن إذا لم يكن الرهن مشروطًا في بيع، فإن كان مشروطًا في بيع وصيغة الدعوى كما تقدمت فقال المرتهن: شرطت الأرض والنخيل، وقال الراهن: لم يكن النخيل، ذهب المحققون إلى أن هذا لا يوجب التحالف، فإن حاصله راجع إلى التنازع في وجود النخل وعدمها، وهذا حسن دقيق.

والظاهر عندي أنهما يتحالفان، وإن اتفقا على وجود النخيل، وقال المرتهن: شرطنا في البيع رهن الأرض والنخل، وقال الراهن: لم نشترط إلَّا رهن الأرض، فهذا اختلاف في صفة العقد فيتحالفان ويتفاسخان العقد، ولو قال المرتهن: لم يتحالف وأنا معترف أنك وفيت الرهن المشروط في النخيل فاختلافنا في الرهن، قيل له: هذا أمر تبنيه أنت فرعًا على أصل، والراهن منكر لأصل الشرط فلا بد من التحالف»[٢].

(١) التهذيب (٤/ ٤٦) بمعناه. (٢) نهاية المطلب (٦/ ١٧٤ - ١٧٥).

وقال الإمام أيضًا بعد ذلك عند كلام المزني: «أما قوله: القول قول المرتهن، فمشكل، فمراده أن الرهن إذا كان مشروطًا في البيع، فالمرتهن هو البائع، والراهن المشتري، فإذا تنازعا في أصل الرهن أكان أم لم يكن أو في قدره أو في جنسه، فهذا اختلاف المتبايعين في صفة العقد، والحكم فيه التحالف، ثم البداءة في الأصح تقع بالبائع، وهو المرتهن. فهذا معنى قوله: القول قول المرتهن، ويمكن أن يفرض نزاع في بعض أحكام الرهن والقول فيها قول المرتهن»(١). انتهى.

وقد أطلنا بنقل كلام الناس، والمقصود: تحقيق ثلاثة أشياء:

أحدها: بمن يبدأ في التحالف، وقد تقدم قول ابن الصباغ في تأويل قول المزني أنه يبدأ بالبائع، وكذلك قول الإمام والقاضي حسين وقول الإمام أصرح؛ فإنه فرعه على الصحيح في البداءة بالبائع، وكلام ابن الصباغ والقاضي حسين.

قد يقال: إنه في تحقيق مذهب المزني، فلا يعارض ما قاله الماوردي عن المذهب، وكلام الإمام صريح في معارضته، فليكن في المسألة **طريقان**؛ **إحداهما**: تخريجه على البداءة في البيع.

والثانية: القطع هنا بالبداءة بالمشتري.

والموضع الثاني: أن التحالف في البيع يجمع فيه بين النفي والإثبات وهنا قد اقتضى كلام الماوردي ومن وافقه أنه ليس كذلك [٢/١٩٨أ] وغيرهم أطلق الكلام؛ فيفهم منه التسوية بين الموضعين، وهو القياس.

الموضع الثالث: أن أثر التحالف في البيع الانفساخ، أو أن لكلٍّ منهما أن يفسخ، وهنا قد جعلوا أثره ثبوت الخيار للبائع؛ فليت شعري ما المخرج

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٣٣) بمعناه.

لهذا عن تلك الأحكام؟ وهل هذا إلَّا فرد من أفراد تلك القاعدة المذكورة في التحالف.

وقد صرح الماوردي في باب التحالف بجريانه في اختلافهما في شرط الرهن، فهذه المسألة مما ينبغي إمعان النظر فيها وتأملها وتحرير أن الاختلاف تارة يجري منهما في صفة العقد وشرط الرهن فيه، وتارة لا يحصل إلَّا دعوى الرهن من المرتهن، فينكر الراهن فيحلف ثم يستمر النزاع بسبب البيع كما يشعر به كلامهم، وفرضهم المسألة.

لكن قياس التحالف أن تلك اليمين المتقدمة لا يعتد بها، ولا بد من تحرير الصورة أيضًا في أن يكون الاختلاف في صفة البيع والشرط فيه، أما لو اتفقا على شرط الرهن واختلفا في الوفاء به، فلا يتجه إلَّا القطع بقبول قول المنكر، إلَّا إذا قلنا: إن شرط الرهن يغني عن إنشاء رهن، فيكون اتفاقهما على الشرط رافعًا لاختلافهما في الوفاء به. ثم يبقى الكلام في قبضه.

فرع محل ما قلناه في مسألة النخل إذا كان يحتمل وجوده يوم الرهن والحدوث بعده، أما إذا كانت بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن؛ فالمرتهن كاذب، والقول قول الراهن بلا يمين، وإن كانت بحيث لا يتصور حدوثها بعده، فالراهن كاذب، فإن اعترف في مفاوضتهما أنه رهن الأرض بما فيها كانت الأشجار مرهونة ولا حاجة إلى يمين المرتهن.

وإن زعم رهن الأرض وحدها أو ما سوى الأشجار المختلف فيها أو اقتصر على نفي الوجود، فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود كونها مرهونة، فيطالب بجواب دعوى الرهن، فإن أصر على إنكار الوجود

فقط جعل ناكلًا، وردت اليمين على المرتهن.

وإن رجع إلى الاعتراف بالوجود وأنكر رهنها قبلنا إنكاره، وحلف لجواز صدقه في نفي الرهن، وهذا تفريع على الاكتفاء منه بإنكار الوجود، وهو الصحيح، وفي وجه لا بد من إنكار الرهن صريحًا.

فرع إذا توجّهت اليمين على الراهن عند دعواه أن النخل لم تكن موجودة حين الرهن، وقد توافقا على أنه رهن منه الأرض وما فيها من النخل، فإن نكل وحلف المرتهن دخل النخل في الرهن، وإن نكل المرتهن قال الماوردي: «**فعلى وجهين؛ أحدهما**: تكون النخل داخلة في الرهن لتصادقهما بأن الرهن كان على جميع النخل الذي كان في الأرض، وهذا من نخل في الأرض أي: والأصل عدم حدوثه فلما لم يخرجه الراهن بيمينه دخل من الرهن.

والثاني وهو الصحيح: أنه خارج من الرهن؛ لأن دعوى المرتهن قد بطلت بنكوله، فلم يجز أن يحكم بقوله. قال: ولا خيار للبائع في فسخ البيع؛ لأنه ناكل»[1].



(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٢٨).

فرع عبارة الشافعي في «المختصر»: «ولو رهنه أرضًا [٢/١٩٨ب] ونخلًا، ثم اختلفا، فقال الراهن: أحدثت فيها نخلًا، وأنكر المرتهن ولم يكن دلالة له، وأمكن ما قال الراهن، فالقول قوله مع يمينه»[(١)].

وعبارته في «الأم»: «ولو رهنه أرضًا ونخلًا ثم اختلفا، فقال الراهن: قد نبت في الأرض نخل لم أكن رهنتكه، وقال المرتهن: ما نبت فيه إلَّا ما كان في الرهن أريه أهل العلم به، فإن قالوا: قد تنبت مثل هذا النخل بعد الرهن كان القول قول الراهن مع يمينه، وما نبت خارج من الرهن، وإن قالوا: لا تنبت مثل هذا في هذا الوقت لم يصدق، وكان داخلًا في الرهن»[(٢)].

قال ابن الرفعة: وهذه شهادة على النفي وقد سمعها الشافعي للضرورة، فينبغي أن تضاف إلى ما يسمع فيه شهادة النفي كشهادة ألا يكذب ونحوها.

قلت: وفيما قال نظر؛ لأن شهادة النفي كشهادة أن لا مال له ولا وارث له ونحوها، أما الشهادة بأن لا يكذب فإنما تسمع الشهادة على أنه بصفة لا يكذب، وهذه شهادة بصفة ثبوتية قائمة به لمنعه من الكذب، وهي العدالة، وكذلك هنا تشهد البينة بأن هذه النخيل بصفة لا ينبت مثلها في هذه المدة فالمشهود به في الحقيقة صفتها التي هي عليها الآن وليست بنفي.

فرع لو اتفقا على رهن الأرض بلا نخل، ثم أخرجت نخلًا، فهو خارج من الرهن، وقد سبق الكلام في شيء منه عند رهن الجارية دون ولدها، وقد أتقن الماوردي الكلام فيها فقال ما ملخصه: «إذا حل الحق، وفي الأرض نخل، **فلا يخلو من ثلاثة أقسام**: **الأول**: أن يكون حادثًا بعد

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٥).

(٢) الأم (٣/ ١٦٩).

الرهن إما بغرس الراهن، وإما بنفسه من نوى في الأرض، فلا يقلع بحال، فإذا لم يكن في ثمن بياض الأرض وفاء، فإن أجاب الراهن إلى بيعهما معًا كان للمرتهن ما قابل الأرض بيضاء، وللراهن ما قابل النخل، وإن امتنع فإن كان موسرًا أمر بقلع النخل أو تمام قيمة الأرض بيضاء، فإن لم يبذل تمام القيمة أجبر على قلع النخل، وتباع بيضاء لا نخل فيها.

فإن كان قلع النخل ينقص من ثمنها بما أحدث من الحفر غرم الراهن أرشه إن كان هو الغارس، وإن كان الغرس نبت بنفسه، فلا، وإن كان مفلسًا محجورًا عليه وجب بيع الأرض مع النخل، فإذا كانت قيمة الأرض ألفًا والنخل خمسمائة وبعناهما، فلم تزد القيمة ولم تنقص كانت الألف للمرتهن والخمسمائة للغرماء.

وإن نقصت الأرض، فبيعت مع النخل بألف ومائتين وكان النقص بالنخل أخذ المرتهن تمام الألف والباقي للغرماء؛ لأن المرتهن استحق إزالة النقص، وإن زادت قيمتها فبيعا بألفين قسمت الزيادة عليهما بالنسبة للمرتهن ثلثاها، وللغرماء الثلث.

القسم الثاني: أن يكون النخل متقدمًا قبل الرهن، فإن لم يكن الراهن مفلسًا محجورًا عليه بيع بياض الأرض دون النخل، ودفع إلى المرتهن سواء كان فيه وفاء لدينه أم لا، فإن اختار الراهن بيع الأرض والنخل معًا بيعا ودفع إلى المرتهن ما قابل الأرض ذات نخل.

والفرق بين هذا والقسم الأول من وجهين؛ **أحدهما**: أنه لا يجبر في هذا القسم على القلع، وفي الأول: يجبر.

والثاني: أنه لا يؤخذ منه في هذا القسم ما نقص من قيمة بياض الأرض وفي القسم الأول: يؤخذ، وإن كان مفلسًا محجورًا عليه وجب بيع الأرض

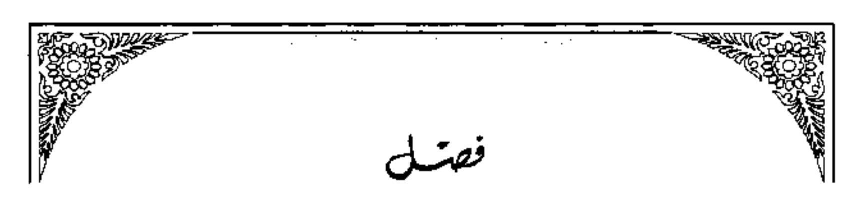
مع النخل والثمن إن كان بإزاء قيمة الأرض والنخل دفع للمرتهن ما قابل قيمة الأرض ذات نخل وللغرماء ما قابل قيمة النخل، وإن زاد فالزيادة مقسطة بينهما، وإن نقص عن قيمتها فالنقصان مقسط عليهما بخلاف ما مضى؛ لأن النقصان هناك مجبور ونقص الأرض هنا غير [٢/١٩٩] مجبور.

القسم الثالث: أن يكون ابتداء نباته قبل الرهن وظهوره بعد الرهن، فحكمه كالقسم الثاني إلَّا في شيء واحد؛ وهو أن المرتهن إذا كان غير عالم بحال النَّوْر المزروع في الأرض قبل الرهن، فله الخيار في فسخ البيع؛ لأن مثله يخفى، وإذا كان ظاهرًا قبل الرهن، فلا خيار؛ لأن مثله لا يخفى»[1]، والله أعلم.



(١) الحاوي الكبير (٦/ ١٢٤ - ١٢٧) بمعناه.

قال:


فصل

[في الاختلاف في قدر الدَّين]

وإن اختلفا في قدر الدين، فقال الراهن: رهنته هذا العبد بألف، وقال المرتهن: بل رهنتنيه بألفين فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الألف، وإن قال: رهنته بألف وزادني ألفًا آخر على أن يكون رهنًا بألفين، وقال المرتهن: بل رهنتني بالألفين وقلنا: لا تجوز الزيادة في الدَّين في رهن واحد، فقيه وجهان؛ أحدهما: [أن][1] القول قول الراهن؛ لأنهما لو اختلفا في أصل العقد كان القول قوله، فكذلك إذا اختلفا في صفته.

والثاني: أن القول قول المرتهن؛ لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين، والراهن يدعي أن ذلك كان في عقد آخر، والأصل عدمه، فكان القول قول المرتهن.


الشرح

قبول قول الراهن إذا اختلفا في قدر الدين لا نزاع فيه، وقد تقدم قريبًا فيما حكيناه من كلام الأصحاب: قال التميمي في «نادر قول الفقهاء»: أجمعوا أن القول في الدَّين وفي مقداره قول الراهن مع يمينه إلَّا أن يدعي المرتهن بينة على أكثر من ذلك إلَّا مالكًا، فإنه قال: القول قول المرتهن إلَّا

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

أن يأتي بأكثر من قيمة الرهن، فلا يقبل منه إلا ببينة. وقوله: لأن الأصل عدم الألف، كأنه فرض الاختلاف في الرهن والدين معًا.

وقد يعترف الراهن بأن عليه ألفين ويدعي أنه لم يرهن إلَّا بأحدهما فالقول قوله أيضًا، وعلته أن الأصل عدم الرهن بالألف الزائدة، فلو قال في الكتاب: لأن الأصل عدم الرهن بهما لشمل الصورتين، والوجهان فيما إذا قال: رهنته بألف وزادني ألفًا على أن يكون رهنًا بهما، وقال المرتهن: رهنتني بالألفين ذكرناهما عند الكلام في رهن المرهون لكن في صورة خاصة وهي إذا ادعى المرتهن أن الرهن الأول انفسخ واستأنفا رهنًا آخر وأطلنا الكلام فيها هناك، وقلنا: إن الأصح عند البغوي أن القول قول الراهن، والأصح عند الصيدلاني والروياني أن القول قول المرتهن، وهو المختار.

والمصنف هنا حكاهما فيما إذا قال: رهنتني بألفين ولم يتعرض المصنف لانفساخ ولا استئناف، ويقوى هنا تخريجهما على الاختلاف في الصحة والفساد إذ لم يسبق إقرار، والأصح عند الجمهور في الاختلاف في الصحة والفساد أن القول قول مدعي الصحة، فيكون القول هنا قول المرتهن، واختيار الماوردي[١] والبغوي[٢] تصديق مدعي الفساد، ولا جَرَم كان قوله هنا أن القول قول الراهن، وينبغي أن يراجع ما ذكرناه عند رهن المرهون.



(١) انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ١١٧).

(٢) انظر: النجم الوهاج (٤/ ٢٢٤).

قال:

وإن بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال، ففعل ثم اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن: أذنت له في الرهن بعشرة، وقال المرتهن: بل بعشرين نظرت، فإن صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلَّا بعشرة ولا يمين على الراهن؛ لأنه لم يعقد العقد وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه [٧/١٩٩ب] فإذا حلف بقي الرهن على عشرة، وعلى الرسول عشرة؛ لأنه أقر بقبضها.



قال الشافعي في «الأم» في باب الرسالة في الرهن: «وإذا دفع الرجل إلى الرجل متاعًا، فقال: ارهنه عند فلان، فرهنه عنده، فقال الدافع: إنما أمرته أن يرهنه عندك بعشرة، وقال المرتهن: جاءني برسالتك في أن أسلفك عشرين، فأعطيته إياها، فكذبه الرسول؛ فالقول قول الرسول، والمرسل، ولا أنظر إلى قيمة الرهن. ولو صدقه الرسول فقال: قد قبضت منك عشرين فدفعتها إلى المرسل، وكذبه المرسل كان القول قول المرسل مع يمينه ما أمره إلَّا بعشرة، ولا دفع إليه إلَّا هي، وكان الرهن بعشرة وكان الرسول ضامنًا للعشرة التي أقر بقبضها مع العشرة التي أقر المرسل بقبضها.

ولو دفع إليه ثوبًا فرهنه عند رجل، وقال الرسول: أمرتني برهن الثوب عند فلان بعشرة فرهنته وقال المرسل: أمرتك أن تستسلف من فلان عشرة بغير رهن ولم آذن لك في رهن الثوب، فالقول قول صاحب الثوب، والعشرة حالَّة عليه، ولو كانت المسألة بحالها، فقال: أمرتك بأخذ عشرة سلفًا في عبدي فلان، وقال الرسول: بل في ثوبك هذا، أو عبدك هذا العبد

غير الذي أقر به الآمر، فالقول قول الآمر، والعشرة حالّة عليه، ولا رهن فيما رهن الرسول ولا فيما أقر به الآمر؛ لأنه لم يرهن إلَّا أن يجددا فيه رهنًا.

ولو كانت المسألة بحالها، فدفع المأمور الثوب والعبد الذي أقر الآمر أنه أمره برهنه كان العبد مرهونًا والثوب الذي أنكره الآمر أنه أمره برهنه خارجًا من الرهن. ولو أقام المرتهن البينة أن الآمر أمر برهن الثوب وأقام الآمر البينة أنه أمر برهن العبد دون الثوب ولم يرهن المأمور العبد، أو أنه نهى عن رهن الثوب كانت البينة بينة المرتهن، وأجزت له ما أقام عليه البينة رهنًا؛ لأني إذا جعلت بينتهما صادقة معًا لم تكذب إحداهما الأخرى؛ لأن بينة المرتهن بأن رب الثوب أمره برهنه قد تكون صادقة فلا تكذيب لبينة الراهن أنه نهى عن رهنه، ولا أنه أمر برهن غيره؛ لأنه قد ينهى عن رهنه بعد ما أذن فيه ويرهن، فلا ينفسخ ذلك الرهن، وينتهي عن رهنه. قيل: يرهن ثم يأذن فيه فإذا رهنه، فلا يفسخ ذلك الرهن، فإذا كانتا تكونان صادقتين بحال لم يحكم لهما حكم المتضادتين اللتين لا يكونان أبدًا إلَّا وإحداهما كاذبة»[1]. انتهى كلام الشافعي في هذا الباب، وهو يبين مراد المصنف، وأن صورة المسألة إذا استقرض ورهن ولو لم يكن إلَّا مجرد الرهن لم يتوجه الحلف على الرسول؛ لأنه سفير محض لا يتعلق به عهدة، ولو اعترف لم يقبل اعترافه على المالك.

فمن قول المصنف حلف الرسول يعلم أن صورة المسألة إذا استقرض كما دل عليه كلام الشافعي، وصرح به الأصحاب، وقول المصنف: ولا يمين على الراهن هو قول الشيخ أبي حامد والمحاملي، قال ابن الصباغ:

---

(١) الأم (٣/ ١٧٩ - ١٨٠).

«وعندي أن المرتهن إذا ادعى على الراهن أنه أذن له في ذلك وقبض منه عشرين بإذنه أن له أن يحلفه؛ لأن الراهن لو أقر بذلك لزمه ما قاله، فإذا أنكره حلف عليه»[1].

وهكذا قال الروياني: [٦/٢٠٠ب] «إن له أن يحلفه إذا ادعى إذن الراهن بقبض العشرين»[2]، واختاره ابن أبي عصرون، وهو المختار، وهو ظاهر كلام الرافعي فإنه قال: «إن صدق الرسول المُرسِلَ فالمرسَل إليه مُدَّعٍ عليهما على المرسِل بالإذن، وعلى الرسول بالأخذ؛ فالقول قولهما في نفي ما يدعيه»[3]. وتعليل المصنف بأنه لم يعقد العقد منقوض بما إذا وكل في الشراء، فللبائع أن يدعي عليه ويحلفه، وإن لم يعقد العقد إلَّا إذا قلنا: إن العهدة لا تتعلق به، وإنما تتعلق بالوكيل خاصة، وهو ضعيف.

وأما إذا صدق الرسولُ المرتهنَ، فالقول في نفي الزيادة قول الراهن مع يمينه بلا خلاف، وهل يرجع المرتهن على الرسول؟ ينظر، إن لم يصدقه في الدفع إلى الراهن رجع عليه، وإن صدقه قال ابن الصباغ والمتولي: لم يكن له الرجوع عليه. ونقل الروياني هذا عن بعض أصحابنا، وقال: «إنه صحيح»[4]، ونقل الرافعي هذا غير منسوب إلى أحد، ثم قال: «هكذا ذكروه، وفيه إشكال؛ لأن الرسول وكيل المرسل وبقبضه يحل الملك للموكل حتى يغرم له إن تعدى فيه، ويسلمه إليه إن كان باقيًا، وإن كان كذلك فرجوع المرسل إليه إن كان بناء على توجيه العهدة على الوكيل فيرجع. وإن صدقه في دفع المال إلى المرسل كما يطالب البائع الوكيل

---

(١) انظر: البيان (٦/ ١١٧).
(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٧٢).
(٣) فتح العزيز (٤/ ٥٣٢).
(٤) بحر المذهب (٥/ ٢٧٣).

بالشراء بالثمن، وإن صدقه في تسليم المبيع إلى الموكل، وإن كان الرجوع؛ لأن للمقرض أن يرجع في غير القرض ما دام باقيًا؛ فهذا ليس بتغريم ورجوع مطلق، وإنما يسترد عين المدفوع فيحتاج إلى إثبات كونه في يده، ولا يكفي فيه عدم التصديق بالدفع إلى المرسل، وإن كان غير ذلك فلم يرجع إذا لم يصدقه، ولم يوجد منه تعدٍّ عليه، ولا على حقه»(١).

واختصر في «الروضة» هذا فقال: «وينبغي أن يرجع على الرسول وإن صدقه في الدفع إلى المرسل»(٢). انتهى.

كأنه رأى أن موجب الرجوع العهدة، وهو صحيح.

واعلم أن المصنف وغيره أطلقوا الرجوع، ونقله ابن الصباغ كذلك مطلقًا، وهو الذي فصل بين أن يصدقه أو لا، فالذي بحثه الرافعي هو المنقول عن الأصحاب، والذي نقله لم أره إلَّا لابن الصباغ والمتولي ومن وافقهما ممن بعدهما.

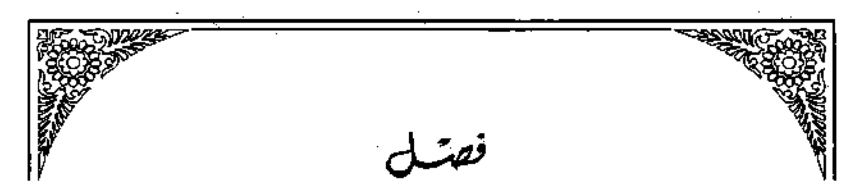
ويجوز أن يكون أخذه منهما وممن أطلق الرجوع ولم يفصل بين أن يصدقه أو لا، المحاملي والقاضي حسين والبغوي وإطلاق الشافعي فيما حكيناه من نصه أن الرسول ضامن للعشرة يشهد له فليكن هذا هو الصحيح، وقد اشتمل كلام الشافعي على فروع أفردها الأصحاب ولم يزيدوا فيها على ما قاله الشافعي.



(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٢).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١١٣).

قال:



فصل

[في الاختلاف في عين: هل هي رهن أم بيع]

قال في «الأم»: «إذا كان في يد رجل عبد لآخر، فقال: رهنتنيه بألف، وقال السيد: بل بعتكه بألف حلف السيد أنه ما رهنه بألف؛ لأن الأصل عدم الرهن، ويحلف الذي في يده العبد أنه ما اشتراه؛ لأن الأصل عدم الشراء ويأخذ السيد عبده، وإن قال السيد: رهنتكه بألف قبضتها منك قرضًا، وقال الذي في يده العبد: بل بعتنيه بألف قبضتها مني ثمنًا حلف كل واحد منهما على نفي ما ادعي عليه؛ لأن الأصل عدم العقد وعلى السيد الألف؛ لأنه مقرٌّ بوجوبها، وإن قال الذي في يده [العبد][1]: بعتنيه بألف، وقال السيد: بل رهنتكه بألف حلف السيد أنه ما باعه؛ فإذا حلف [٢/٢٠٠ب] ⇑ خرج العبد مِن يد مَن هو في يده؛ لأن البيع زال والسيد معترف بأنه رهن والمرتهن منكر، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن.



الشرح

قال الشافعي في «الأم»[2] في باب اختلاف الرهون: «ولو كان في يدي رجل عبد فقال: رهننيه فلان بمائة، فقال: ما رهنتك بمائة، ولكني بعتكه

---

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

(٢) (٣/ ١٥١).

بمائة لم يكن العبد رهنًا ولا بيعًا إذا حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه». انتهى.

وهذه المسألة الأولى في كلام المصنف، وذكر الرافعي المسألة في باب التحالف وقال: «إنه يرد الألف»[١]، وهو محمول على ما إذا أقر بقبضها.

وأما المسألة الثانية في كلام المصنف، فقال أبو علي الفارقي: لا فائدة فيها، وهي غلط، أما أنه لا فائدة فيها؛ فلأنه ذكرها في التي قبلها، ولم يغير إلَّا أنه قدم ذكر الذي في يده العبد وأخَّر ذكر السيد.

وأما بيان أنها خطأ، فإنه قال: حلف كلٌّ منهما على نفي ما ادعى عليه وليس هنا مدع، وإنما الذي في يده العبد هو الذي يدعي على السيد البيع، وهو ينكره فيحلف والسيد لا يدعي، وإنما يقر أنه رهنه رهنًا وهو ينكره، فلا يحلف على ما يقر له به، وإنما يحلف على ما يدعي عليه، والرهن حق له لا عليه، فلا يمين عليه بحال. انتهى.

وقال ابن أبي عصرون: أما الذي في يده العبد، فلا يمين عليه؛ لأنه ينكر الرهن، وحكى صاحب «البيان» كلام «المهذب»، وقال: «إن المحاملي أيضًا قاله في «المجموع»، ثم قال صاحب «البيان»: «الذي يقتضي القياس عندي أنه لا يمين على الذي بيده العبد أنه ما ارتهن العبد»[٢].

قلت: وما قاله المصنف والمحاملي قد نص عليه الشافعي، فقال في باب اختلاف الرهون من الرهن الكبير من «الأم»: «ولو قال: رهنتك داري بألف، وقال الذي يخالفه: بل اشتريتها منك بألف وتصادقا على قبض الألف تحالفا، وكانت الألف على الذي أخذها بلا رهن ولا بيع، وهكذا لو

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٣٧٨).

(٢) البيان (٦/ ١١٨).



قال: رهنتك داري بألف أخذتها منك، وقال المقر له بالرهن: بل اشتريت منك عبدك بهذه الألف تحالفا، ولم تكن الدار رهنًا ولا العبد بيعًا، وكانت له عليه ألف بلا رهن، ولا بيع»[1]. انتهى.

وهذان المثالان نص ما قاله المصنف والمحاملي فلا اعتراض عليهما لكن لا بد من الجواب عما ذكره الفارقي وابن أبي عصرون وصاحب «البيان»، والذي خطر لي فيه الآن أن اليمين على عدم القرض الذي ادعاه السيد، أما على قولنا: إنه ليس للمقرض الرجوع في القرض بعد القبض، كما هو أحد الوجهين أو أنه لم يرد الرجوع، فيستفيد السيد بتحليفه أنه قد ينكل، فيرد اليمين عليه فيحلف، ويثبت القرض، ويبقى الألف على ملكه؛ وللك قيدها الشافعي والمصنف بما إذا قال: أخذتها.

وأما المسألة الثالثة: فلم يعترف فيها بالأخذ؛ ولذلك لم يقل المصنف فيها: على السيد الألف كما قال في الثانية، فلا جَرَم لا يمين فيها على المرتهن، وأظنه حصل تقديم وتأخير في بعض النسخ فوقعت المسألة الثالثة ثانية، ولزوم الألف للسيد في المسألة الثانية ينبغي أن يتخرج على الخلاف فيما إذا أقر لشخص بألف من جهة فوافقه على ثبوتها وخالفه في الجهة: هل يلزم أو لا؟! والصحيح: اللزوم.

وإنما لم يحتج في المسألة الثالثة إلى حلف الآخر؛ لأن الرهن حق له لا عليه، وقول المصنف: متى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن قدمنا قريبًا الكلام على مثله وقلنا: إنه إن أريد في الظاهر فذلك لا خلاف فيه، وإن أريد في الباطن، فيلتفت على أن إنكار العقود الجائزة هل يكون فسخًا أو لا؟ ⇑ [١٢/٢٠١] ومن وافق الفارقي في المسألة الثانية وقال: «إنه لا يمين على الآخر»،

---

(١) الأم (٣/ ١٥٢).

الرافعي[١] نقلًا عن صاحب «التهذيب»، وفرضها في دعوى الاستقراض المقبوض، وهو مخالف للنص، ولم يذكر المسألة الثالثة.

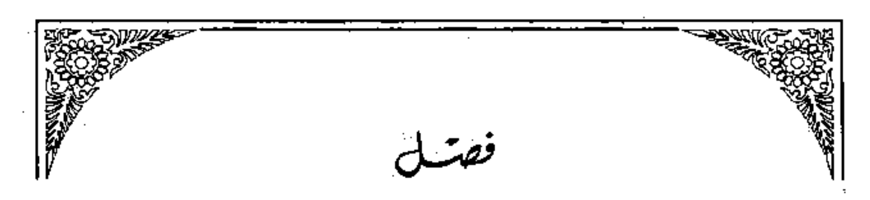
فرع قال في «الاستقصاء»، ونص عليه في «الأم»[٢] أيضًا: إن قال الذي في يده العبد: رهنتنيه بألف قبضته مني، وقال السيد: بل رهنتكه على ألف ولم أقبضها بعد؛ فالقول قول السيد؛ لأن الأصل عدم القبض، فإذا حلف أخذ العبد. انتهى.

وهذا محمول على ما إذا أنكر الدَّين جملة، فإن اعترف به، وادعى أن الرهن كان قبل ثبوته، فينبغي أن يتخرج على اختلافهما في الصحة والفساد، فإن الرهن قبل أخذ ما يرهن عليه فاسد، وقد اعترف بالرهن، فلا يسمع منه دعوى الفساد عند من يقول: القول قول مدعي الصحة - وهو الأصح - وسكت المصنف في المسألتين الأخيرتين عن أخذ السيد العبد؛ لأنه قد قاله في الأولى؛ ولأنه معلوم.



(١) فتح العزيز (٤/ ٣٧٨).
(٢) الأم (٣/ ١٥٢).

قال:



فصل

[في الاختلاف في قبض الرهن]

وإن اتفقا على رهن [عين][(١)]، ثم وجد العين في يد المرتهن، فقال الراهن: قبضتَه بغير إذني، وقال المرتهن: بل قبضتُه بإذنك، فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الإذن، ولأنهما لو اختلفا في أصل العقد والعين في يد المرتهن كان القول قول الراهن، فكذلك إذا اختلفا في الإذن.



الشرح

هذا هو الصحيح؛ سواء ادَّعى الراهن أن القبض غَصْبٌ لم يأذن فيه أصلًا أم أنه أذن فيه عن جهة أخرى سوى الرهن بأن قال: أودعتكه، أو أعرتكه، أو أكريته منك، أو أكريته من فلان، فأكراه منك، وفي «النهاية»[(٢)] وجه بعيد، ولو قال: غصبته أن القول قول المرتهن استدلالًا باليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك وردّ الأصحاب هذا، وقالوا: «اليد لا دلالة لها على الرهن»[(٣)].

ورأيت هذا أيضًا في «الأم» من كلام الشافعي، فلهذا كان جمهور

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٣٨).

(٣) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥٣٢)، وروضة الطالبين (٤/ ١١٥).

الأصحاب قاطعين بقبول قول الراهن في ذلك، والوجه المذكور في «النهاية» غريب، وإنما الوجهان مشهوران فيما إذا ادعى الراهن أن المرتهن قبضه بإذن في جهة أخرى سوى الرهن. **فأحد الوجهين**: أن القول قول المرتهن؛ لأنهما اتفقا على قبض مأذون فيه، وأراد الراهن أن يصرفه إلى جهة أخرى؛ والظاهر خلافه لتقدم العقد المحوج إلى القبض.

وأصحهما - وهو المنصوص: أن القول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم اللزوم، وعدم إذنه في القبض عن الرهن. وحكى الإمام هذين الوجهين[1] كما حكيناهما؟

وأما الوجه إذا ادعى الغصب، فإنما حكاه مع تضعيفه واستبعاده وأنه غير معتدٍّ به، ومع ذلك إنما حكاه في صورة يتفقان فيها على تقدم الرهن، فلو لم يتفقا على ذلك فلم نر أحدًا اكتفى بدلالة اليد، وقال بتصديق دعوى المرتهن إلَّا ما يقتضيه إطلاق الغزالي حكاية الوجه في الدعاوى، وإطلاقه يمكن أن يحمل على الصورة التي ذكرها الإمام، ولا يثبت خلاف فيما إذا تنازعا في أصل الرهن، وقد أشرنا إلى ذلك قريبًا.

وكما أنَّا جعلنا تقدُّم الرهن قرينة رجّحنا بها قول المرتهن في دعواه القبض إليه، ولم نقبل دعوى الراهن إسناده إلى غيره على أحد الوجهين كذلك يقول صاحب الوجه الضعيف؛ فيجعل تقدم الرهن مرجحًا لدعواه، فإذا فقد تقدم الرهن لم يبق إلَّا اليد فقد لا يقول بها.

وقول المصنف: «لأن الأصل عدم الإذن» يشمل حالة دعوى الغصب؛ لأن الأصل ⇑ [٢٠١/٢ب] عدم الإذن مطلقًا وحالة دعوى الإذن في غير جهة الرهن؛ لأن الأصل عدم الإذن في الرهن، وقوله: ولأنهما لو اختلفا إلى آخره هو ما

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٩٩).

قلنا: إن كلام الأصحاب قاطع به إلَّا ما اقتضاه إطلاق الوجه الذي حكاه الغزالي في الدعاوى مع قوة احتمال أن يحمل على ما حكاه الإمام.

ولما ذكر الرافعي الخلاف في دعوى الراهن الإيداع أو الإعارة أو الغصب قال: «ويجري مثل هذا التفصيل فيما إذا اختلف البائع والمشتري في القبض حيث كان للبائع حق الحبس؛ إلا أن الأظهر هنا الحكم بحصول القبض إذا كان المبيع عند المشتري، وادعى البائع أنه أعاره، أو أودعه لتقوى اليد بالملك، وهذا يتفرع على أن حق الحبس لا يبطل بالإيداع والإعارة من المشتري، وفيه وجهان»(١).

قلت: ويصحح حصول القبض في دعوى الإيداع والإعارة يظهر بناؤه على عدم بطلان حق الحبس بهما، وأما في دعوى الغصب، فينبغي أن يكون الصحيح أو المقطوع به قبول قول البائع، ولا يحكم بحصول القبض، وجزم الماوردي بعدم قبول دعوى البائع أن المشتري غصب المبيع ودعوى المؤجر أن المستأجر قبض الدار المستأجرة، لكنه لم يصرح بأنه حيث يكون للبائع حق الحبس.



---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٣).

قال:

وإن اتفقا على الإذن، فقال الراهن: رجعت في الإذن قبل القبض، وقال المرتهن: لم ترجع حتى قبضت، فالقول قول المرتهن؛ لأن الأصل بقاء الإذن، وإن اتفقا على الإذن واختلفا في القبض، فقال الراهن: لم يقبضه، وقال المرتهن: بل قبضت، فإن كان العين في يد الراهن؛ فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم القبض، وإن كان في يد المرتهن، فالقول قوله؛ لأنه أذن في قبضه والعين في يده؛ فالظاهر أنه قبضه بحق، وكان القول قوله.



إذا اتفقا على الإذن والقبض، ثم قال الراهن: كنت رجعت قبل القبض لم يقبل إلَّا ببينة، وإذا اتفقا على الإذن واختلفا في القبض قال الشافعي في موضع: «القول قول الراهن» وفي موضع: «القول قول المرتهن». واتفق الأصحاب على أنه لا خلاف في المسألة، وإنما هي على اختلاف حالين، فالموضع الذي قال: القول قول الراهن إذا كانت العين قائمة في يده والمرتهن يقول: أقبضتني ورددتها إليك عارية أو وديعة والموضع الذي قال فيه القول قول المرتهن إذا كانت العين في يده.

فرع تقدم أنه لو كان المبيع في يد المشتري حيث يثبت للبائع حق الحبس، فقال البائع: سلمته إليك وديعة أو عارية وحق الحبس باقٍ، وقال المشتري: بل سلّمته إلى مسمى البيع فوجهان كما سبق في الرهن، وأن الأصح هنا أن القبض يحصل لقوة يده بالملك، قال الغزالي: «وكذلك الخلاف إذا قال المشتري للبائع: أعرتك المبيع بعد قبضه، وقال

البائع: بل هو محبوس بأصل الثمن»[١]. قال ابن الرفعة: إثبات الخلاف في هذه الصورة لم أظفر به في كلام الإمام ولا غيره، والأشبه فيها التفصيل. [٢/٢٠٣] ⇑

فإن زعم البائع أنه لم يسلم العين أصلًا؛ فالقول أظنه قوله، وإن زعم أنه سلمها على حكم الوديعة أو العارية وقلنا: لا يبطل بذلك حق الحبس، ثم أعادها المشتري إليه واختلفا، فقال البائع: على حكم الحبس، وقال المشتري: بل على حكم الوديعة، فضمن القول قوله الوجهان فيما نظنه، ولا أظن لهما محملًا غير ذلك.

ثم ذكر ابن الرفعة ما ذكرناه من أن الشافعي نص في موضع في اختلافهما في القبض على أن القول قول الراهن، وفي موضع على أن القول قول المرتهن، وتنزيل الأصحاب لهما على حالين قال: وهذا يؤيد أحد الوجهين في الصورة التي انفرد المصنف بذكرها كما صورناها.

فرع لو دفع الراهن العين المرهونة للمرتهن من غير أن يقصد الإقباض عن الرهن، فإذا تسلمها: هل يكون ذلك قبضًا عن الرهن أم لا؟ **فيه وجهان في «التهذيب»**: «**أحدهما**: يقع عن الرهن، كما لو باع شيئًا ثم سلمه إلى المشتري يقع عن البيع.

والثاني: يكون وديعة بخلاف البيع؛ لأن التسليم ثَم واجب فوقع مطلقه عن الواجب وتسليم الرهن غير واجب، فلم يقع مطلقه عنه»[٢].

❊ ❊ ❊

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٢٥).
(٢) التهذيب (٤/ ١٤).

قال:

وإن قال: رهنته وأقبضته ثم رجع وقال: ما كنت أقبضته، فحلفوه أنه قبض، فالمنصوص أنه يحلف، قال أبو إسحاق: إن قال وكيلي: أقبضته وبان لي أنه لم يكن أقبضه حلف وعليه تأول النص، وإن قال: أنا أقبضته ثم رجع لم يحلف؛ لأن إقراره المتقدم يكذبه، وقال أبو علي بن خيران: وعامة أصحابنا: إنه يحلف؛ لأنه [لا][1] يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض، فأقر به ولم يكن قبض.



إقرار الراهن بإقباض المرهون مقبول ملزم، ولكن يشترط الإمكان حتى لو قال: رهنته اليوم داري بمكة وأقبضته إياه وهما بمصر فهو لاغٍ، ولو أقر بالرهن ولم يوقت وأقر بالقبض ثم قال: إنما رهنتها اليوم، وقال المرتهن: رهنها في وقت يمكن في مثله أن يكون قبضها قابض بأمره، فالقول قول المرتهن، هكذا نص عليه في «المختصر»[2]، ولو قامت الحجة - أعني البينة على إقراره في محل الإمكان فقال: لم يكن إقراري عن حقيقة فحلفوه أنه قبض: فهل يحلف المرتهن؟ فيه **ثلاثة أوجه؛ أصحها** - وبه قال ابن خيران وابن سريج وعامة أصحابنا، وهو المنصوص: أنه يحلف، ولا فرق بين أن يدعي الإقباض بنفسه أو توكيله، أو يبدي عذرًا كقوله: كنت أقبضته بالقول وظننت أنه يكفي، أو ألقي كتاب إليَّ عن لسان وكيل بأنه قبض ثم خرج مزورًا أو أشهدت على رسم القبالة قبل تحقيق القبض، أو لم يذكر

---

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٧).

شيئًا من ذلك أو صرح بكذب نفسه عمدًا؛ لأن ذلك ممكن.

والثاني: الفرق بين أن يبدي عذرًا أو لا، وهو قول أبي إسحاق المروزي، وتأول النص عليه، والجمهور على خلافه.

والثالث: أنه لا يحلف مطلقًا، حكاه الغزالي(١)، وهو حائد عن النص بالكلية، وقال الرافعي: «قلَّ من رواه»(٢)، وقال الرافعي: «إن الوجه الأول أصح عند العراقيين والثاني عند المراوزة»(٣). قال النووي: «طريقة العراقيين أفقه وأصح، ولو لم يقم بينة على إقراره، بل أقر في مجلس القضاء بعد توجّه الدعوى عليه قال القفال: لا يحلف، وإن ذكر تأويلًا؛ لأنه لا يكاد يقر عند ⇑ [٢٠٢/٢ب] القاضي إلَّا عن تحقيق، وقال غيره: لا فرق لشمول الإمكان»(٤).

وقال الإمام: «إن اتحد المجلس كان كإكذابه نفسه، وإن اعتذر في مجلس آخر قبل لإمكان ما قال، ولو شهد الشهود على نفس القبض فليس له التحليف بحال، وكذا لو شهدوا على إقراره؛ فقال: ما أقررت؛ لأنه تكذيب للشهود»(٥).

واعلم أن قول أبي إسحاق هنا موافق لقوله في باب المرابحة: «إذا قال: اشتريته بمائة ثم قال: بمائة وعشرة، وأراد تحليف المشتري **فيه طريقان**»(٦) **أحدهما**: قول أبي إسحاق إن أبدى عذرًا، فله تحليفه، وإلَّا فلا.

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٢٩).
(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٣٤).
(٣) المصدر السابق.
(٤) روضة الطالبين (٤/ ١١٨).
(٥) نهاية المطلب (٦/ ٩٧ - ٩٨) بمعناه.
(٦) المهذب (٢/ ٦٠).

والصحيح: أن له تحليفه بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار.

وإن قلنا: كالبينة فلا، وما ذكروه هناك من بناء التحليف على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة ينبغي أن يقال به هنا، ولعله مأخذ من منع التحليف هنا مطلقًا، فإن المرتهن إذا عرضت عليه اليمين قد ينكل؛ فترد اليمين على الراهن، فإن جعلناها كإقرار المرتهن ظهرت فائدتها، فإن المرتهن إذا أقر بعدم القبض حصل مقصود الراهن، وإن جعلناها كالبينة لم يكن لها فائدة؛ لأن بينة الراهن لا تسمع.

هذا مقتضى بنائهم في مسألة المرابحة، ولا يعارضه نص الشافعي هنا على التحليف؛ لأن الصحيح المشهور أن اليمين المردودة، كالإقرار فيكون هذا النص عليه.

واعلم أن الرافعي قال في المرابحة: إن بينة البائع تُسمع إذا أبدى لغلطه وجهًا محتملًا، وتكلمنا عليه هناك، وإن كلام الأكثرين لا يساعده، ولم يتعرض هو ولا غيره هنا لذلك، ولا عرَّجوا على التعرض للبينة كأنه؛ لأن غرض الراهن هنا نفي القبض والبينة لا تشهد بالنفي؛ إلَّا أنَّا نقول: قد يكون نفيًا محصورًا، كما إذا أقر بأنه أقبضه في الوقت الفلاني، وكانت العين تحت يد عدلين في ذلك الوقت يعلمان عدم قبضها، وإذا فرض هكذا ينبغي أن يأتي ما قيل في المرابحة.

ولا خلاف أن الراهن لا يحلف ابتداء، وهذا واضح، وإنما ذكرته لأني رأيت بعض الطلبة غلط في فهم قول الرافعي في «المحرر»، وكذلك في قول الغزالي في «الوسيط»: «**فيه ثلاثة أوجه؛ أحدها**: لا يقبل. **والثاني**: يقبل. **والثالث**: إن قال: غلطت قبل، فتسمع حتى يحلف الخصم، وإن

قال: كذبت عمدًا، فلا يقبل»[١]، ومراده القبول للتحليف، كما تضمنه كلامه.

فرع لو كان الرهن مشروطًا في بيع، فقال المشتري: أقبضت ثم تلف الرهن، فلا خيار لك في البيع، وأقام على إقراره بالقبض حجة، فأراد المرتهن تحليفه فهو كما ذكرنا في إقرار الراهن وطلبه يمين المرتهن، قال الرافعي: «وقِسْ على هذا ما إذا قامت البينة على إقراره لزيد بألف فقال: إنما أقررت وأشهدت ليقرضني، ثم إنه لم يقرضني فحلفوه وسائر النظائر»[٢].

فرع لو كان الرهن مشروطًا في بيع فقال المشتري: أقبضته ثم تلف، فلا خيار ولا بينة وأنكر البائع القبض فالقول قوله، وله فسخ البيع؛ قاله المحاملي في «التجريد».

تنبيه:

أدرج الغزالي في «الوسيط» في كلامه: «إذا قلنا: يحلف المرتهن أنه يحلف على نفي العلم»[٣] قال ابن الرفعة: وهذا لم أر مَن تعرض لذكره حتى الإمام، وهو في «الوسيط»، بل ظاهر كلام الشافعي والأصحاب أن المرتهن يحلف على وجود القبض الشرعي في ذلك، قال: وقد رأيت حاشية على الكتاب - يعني: «الوسيط» - تتضمن الجواب عن ذلك؛ إذ

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٢٦) بمعناه.
(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٣٤).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٢٨).

فيها: إنما لم يحلف على أنه أقبضه إياه؛ لأنه مستغنٍ عن ذلك [٦/٢٠٣] ⇑ بإقرار الراهن الذي شهدت به الشهود، فإنه ثبت له القبض به، وطلب التحليف على وَفْق ما تقوم عليه البينة لا يسمع، والمسموع دعوى الرهن أن المرتهن عالم بكذبه في الإقرار الصادر منه، فليحلف على نفي ما ادعى عليه من العلم على هذا الوجه.

قال: وهذا التأويل ظاهر النص يرده، وليس في هذه الصورة طلب اليمين على وفق ما شهدت به البينة؛ لأنها شهدت بالإقرار، وهو لا يستلزم وجود القبض في نفس الأمر، والذي طلبت اليمين عليه وجود القبض في نفس الأمر، على أنّي أقول: إن المسألة مصورة بما إذا صدق الشهود بما شهدوا عليه به من إقراره، وذلك إن كان قبل الحكم عليه بموجب الشهادة يقتضي إبطال الشهادة على رأي، وتكون مؤاخذته بالقبض ظاهرًا بمقتضى قوله: التأخير لا بما شهدت به البينة.

نعم، قال في «الوجيز»[١]: «إذا قال: غلطت فيه؛ تعويلًا على كتاب الوكيل أو إقامة لرسم القبالة، فله أن يحلّف المرتهن على نفيه»، قال الرافعي: «أي على نفي ما يدعيه من التأويل، وليس ذلك على معنى أنه يتعين فيحلف عليه بل له تحليفه على القبض، وينبغي أن يكون التحليف على نفي ما يدعيه فيما إذا نازعه المرتهن في تأويله ونفاه، أما إذا لم يتعرض له واقتصر على قوله: قبضته فيقنع منه بالحلف عليه»[٢].

قال ابن الرفعة: وعلى الحالة الأولى يتعين حمل ما في الكتاب - يعني: «الوسيط» - أو على ما إذا ادعى كذبه في الإقرار، وأن المرتهن يعلم ذلك

---

(١) الوجيز (١/ ٣٣٥) بمعناه.

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٣٤).

ليحلف عليه، فإن حلفه في هذه الحالة يكون على نفي العلم إذا أجاب به، وإن أجاب بأنِّي قبضت حلف على ذلك، وعلى هذه ينطبق ظاهر النص، وما حكيناه عن الأصحاب. انتهى.

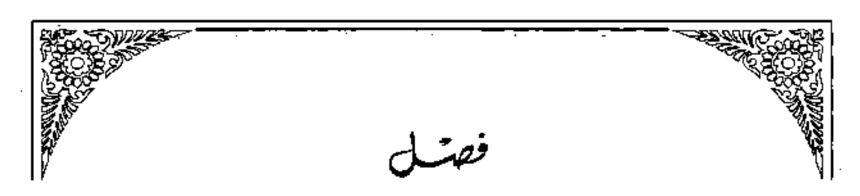
وهذا الذي قاله الرافعي متعين والتحليف بحسب ما تكون الدعوى والإنكار والجواب كما نزله ابن الرفعة عليه.

فرع الأوجه الثلاثة المتقدمة جارية فيما إذا أقر ببيع أو هبة وإقباض أو ضمان أو نحوها ثم رجع وقد تقدم عن الرافعي مطلقًا. وإنما ذكرت هذه المسائل الخاصة لتصريح الأصحاب بالخلاف فيها، وقول الغزالي في كتاب الإقرار: «لا خلاف أنه قال: لو قال: كذبت من غير تأويل لم تقبل دعواه»[1] محمول على نفي الخلاف عند المراوزة، فإن ذلك مذهبهم وحكايته الأوجه الثلاثة في الرهن محمولة على أنه أخذها عن العراقيين، فإن الخلاف في حال تعمُّد الكذب عندهم.



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٣٥٢).

قال:



فصل

[في الاختلاف في صفة المقبوض]

وإن رهن عصيرًا وأقبضه ثم وجده خمرًا في يد المرتهن، فقال: أقبضتنيه وهو خمر فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: بل أقبضتكه وهو عصير، فصار في يدك خمرًا، فلا خيار لك، ففيه قولان؛ أحدهما: أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزني؛ لأن الراهن يدعي قبضًا صحيحًا، والأصل عدمه.

والثاني: أن القول قول الراهن وهو الصحيح؛ لأنهما اتفقا على العقد والقبض، واختلفا في صفة يجوز حدوثها، فكان القول قول من ينفي الصفة، كما لو اختلف البائع والمشتري في عيب بعد القبض، وإن اختلفا في العقد، فقال ⇑ [٢/٢٠٣ب] المرتهن: رهنتنيه وهو خمر، وقال الراهن: بل رهنتكه وهو عصير فصار عندك خمرًا؛ فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أكثرهم: هي على القولين، وقال أبو علي بن أبي هريرة: القول قول المرتهن قولًا واحدًا؛ لأنه ينكر العقد والأصل عدمه.



الشرح

قال الشافعي في «مختصر المزني»: «ولو قال: رهنتكه عصيرًا فصار في يدك خمرًا، وقال المرتهن: رهنتنيه خمرًا، **ففيها قولان؛ أحدهما**: أن القول قول الراهن؛ لأنه يحدث كما يحدث العيب في البيع، ومن قال بهذا أراق

الخمر، ولا رهن له، والبيع لازم.

والثاني: القول قول المرتهن؛ لأنه لم يقرَّ أنه قبض منه شيئًا يحل ارتهانه بحال، وليس كالعيب في العبد الذي يحل ملكه، والعيب به، والمرتهن بالخيار في فسخ البيع، قال المزني: هذا عندي أقيس؛ لأن الراهن مدَّعٍ»(١). انتهى.

وقال في «الأم» قبل باب الرهن الفاسد: «ولو اختلفا في العصير فقال الراهن: رهنتكه عصيرًا ثم عاد في يدك خمرًا، وقال المرتهن: بل رهنتنيه خمرًا، **ففيها قولان؛ أحدهما**: أن القول قول الراهن؛ لأن هذا يحدث كما لو باعه عبدًا فوجد به عيبًا يحدث مثله؛ فقال المشتري: بعتنيه وبه العيب، وقال البائع: حدث عندك: كان القول قوله مع يمينه. ومن قال هذا القول قال: يهراق الخمر، ولا رهن له، والبيع لازم.

والقول الثاني: أن القول قول المرتهن؛ لأنه لم يقر له أنه قبض منه شيئًا يحل ارتهانه بحال؛ لأن الخمر محرم بكل حال، وليس هذا كالعيب الذي يحل ملك العبد، وهو به، والمرتهن بالخيار في أن يكون حقه ثابتًا بلا رهن أو يفسخ البيع»(٢). انتهى.

قال الأصحاب: إذا باع وشرط رهن عصير، ثم صار ذلك العصير خمرًا في يد المرتهن، فلا خيار له، وإن صار خمرًا في يد الراهن بعد العقد وقبل القبض ثبت الخيار، وإن صار قبل العقد ولم يعلما به إلَّا في يد المرتهن؛ فالرهن باطل، وفي بطلان البيع **قولان؛ أحدهما**: يبطل.

والثاني: يصح، ويثبت الخيار.

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٤).
(٢) الأم (٣/ ١٦٣).

وإن اختلفا لما وجد في يد المرتهن خمرًا فهي مسألة الكتاب التي نقلها المزني. **ولاختلافهما صورتان؛ إحداهما**: إذا قال الراهن: أقبضتكه عصيرًا، وقال المرتهن: أقبضتنيه خمرًا: **فقولان؛ أصحهما**: أن القول قول الراهن.

والثانية: إذا قال المرتهن: رهنتكه عصيرًا، وقال المرتهن: رهنتنيه خمرًا فكذلك عند أكثر الأصحاب، وأبي إسحاق - وهو الصواب؛ لأن لفظ «مختصر المزني» و«الأم» على ما حكيناه يشهد بذلك، وقول ابن أبي هريرة: إن القول قول المرتهن قولًا واحدًا بعيد نقلًا وحِجَاجًا.

أما نقلًا: فلمخالفته التصوير الذي ذكره في المزني و«الأم». وأما حجاجًا؛ فلأنه ينبغي أن يكون كاختلافهما في الصحة والفساد في العقود، وممن صحّح أن الأصح من القولين قول الراهن كما صححه المصنف: الشيخ أبو حامد، والمحاملي، [٢/٢٠٤] ⇑ والبغوي[(١)]، والروياني[(٢)]، ونصر المقدسي، والشاشي، وصاحب «البيان»[(٣)]، والرافعي.

وخالفهم الماوردي: فصحح أن القول قول المرتهن[(٤)]، وهو قول أبي حنيفة[(٥)] والمزني، هذا في اختلافهما في القبض، وكذا في اختلافهما في الرهن عند الأكثرين، وقال البغوي: «يبنى على أن فساد الرهن: هل يوجب فساد البيع؟ **وفيه قولان؛ إن قلنا**: يوجب فساده، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأنه ينكر البيع، والأصل عدمه.

وإن قلنا: لا يوجب فساد البيع، فالقول قول مَن يكون على قولين»[(٦)].

---

(١) التهذيب (٤/ ٤٤).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٥١).

(٣) البيان (٦/ ١٢٠).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ١١٦).

(٥) انظر: بحر المذهب (٥/ ٢٥٠). (٦) التهذيب (٤/ ٤٥).

قلت: اختيار البغوي في الاختلاف في صحة العقود وفسادها أن القول قول مدعي الفساد، فينبغي أن يكون هنا عنده القول قول المرتهن؛ لأنه يدعي فساد الرهن؛ سواء أصح البيع أم فسد.

ونظير المسألة: إذا باعه عصيرًا وسلّمه فوجد خمرًا في يد المشتري، فقال البائع: عندك صار خمرًا، وقال المشتري: بل كان عندك خمرًا، وصحّح النووي فيها: أن القول قول البائع[1]، وهو موافق لتصحيحهم هنا: أن القول قول الراهن، ولتصديق مدعي الصحة.

وليعلم أن مسألتنا هنا في الرهن أَوْلَى بتصديق الراهن من تصديق البائع في مسألة البيع؛ لأن هناك لا مأخذ لتصديقه إلَّا إجراء العقود على الصحة، وهنا هذا المأخذ ومأخذ آخر؛ وهو أن المرتهن يقصد فسخ البيع المشروط فيه الرهن والأصل لزومه؛ فلهذا لم يكن الخلاف هنا مساويًا للخلاف، وقال بتصديق الراهن هنا من لم يقل بتصديق مدعي الصحة وهو البغوي.

وقد ذكرنا في شرح هذا الكتاب في باب اختلاف المتبايعين: أنهما إذا اختلفا في حرية المبيع، فالذي جزم به العراقيون: أن القول قول مدعي الصحة.

وأن الجرجاني قال: إذا ادعى المشتري أنه اشتراه خمرًا قُبل قوله وفسد البيع.

وخرجها الرافعي على الاختلاف في الصحة والفساد، ووافق الروياني الجرجاني في قبول قول مدعي الفساد في أن العصير كان خمرًا، والقياس في هذا كله في البيع التخريج على الخلاف، والرهن أولى بتصديق مدعي الصحة لما ذكرناه.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٨١).

- فإن قلنا: القول قول الراهن، فإذا حلف، فلا خيار للمرتهن، وإن نكل حلف المرتهن، فإن كان ادعى مصيره خمرًا بعد العقد وقبل القبض ثبت الخيار، وإن كان ادعى مصيره قبل العقد، ففي بطلان البيع القولان، وإن نكل المرتهن بعد نكول الراهن فلا خيار.

وإن قلنا: القول قول المرتهن فإذا حلف فإن كانت دعواه أنه صار خمرًا بعد العقد وقبل القبض، فله الخيار، وإن كان ادعى أنه كان خمرًا وقت العقد، ففي البيع القولان، وإن نكل المرتهن حلف الراهن، ولا خيار للمرتهن، فإن نكل الراهن أيضًا: فهل يحكم بقول المرتهن؟ على وجهين في «الحاوي»[1]؛ **أحدهما**: نعم؛ لأن الراهن أسقط حقه بنكوله وقول المرتهن استند إلى صورة الرهن وصفته.

والثاني: لا؛ لأن فيه استئناف حكم بمجرد الدعوى، بخلاف نكول المرتهن بعد الرهن؛ لأن فيه استدامة حكم في إسقاط الخيار وليس فيه استئناف حكم في إثبات الخيار.

فرع قال الروياني: «ولو أرادا إمساك [٢/٢٠٤ب] ⇑ الخمر لتستحيل خلًّا كانا ممنوعين من الإمساك في ظاهر المذهب، وقد ذكرنا ما قيل فيه»[2].

قلت: قد تقدم ذكر هذا عنه، وأن الأصح جواز إمساك المحترمة.

نعم، قول الشافعي الذي حكيناه ومن قال بهذا أراق الخمر، يدل له، لكن ينبغي حمله على ما إذا لم يعلم أنها محترمة. واعلم أن إراقة الخمر

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ١١٧ - ١١٨).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٥١).

حيث تجب لا فرق فيها بين أن يصدق الراهن أو المرتهن ومقصود الشافعي أن من صدق الراهن أراق الخمر، ولم يثبت الخيار، ومن صدق المرتهن أراق الخمر وأثبت الخيار، فالتفريع إنما هو للحكم الثاني.



قال:

وإن رهن عبدًا وأقبضه في محمل أو ملفوفًا في ثوب ووجد ميتًا، فقال المرتهن: أقبضتنيه وهو ميت، فلي الخيار في فسخ البيع، وقال الراهن: بل أقبضتكه حيًّا ومات عندك، فلا خيار لك، ففيه طريقان؛ أحدهما - وهو الصحيح: أنه على القولين؛ كالعصير.

والثاني: وهو قول أبي علي الطبري: أن القول قول المرتهن؛ لأن هذا اختلاف في أصل القبض؛ لأن الميت لا يصح قبضه؛ لأنه لا يقبض إلَّا ظاهرًا، بخلاف العصير؛ فإنه يقبض في الظرف والظاهر منه الصحة.



قول أبي علي الطبري رأيته في «الإفصاح»، ولفظه: ولو اتفقا على أنه رهنه عبدًا، ثم اختلفا في موته، فقال الراهن: مات في يديك، وقال المرتهن: بل في يديك؛ كان القول قول المرتهن؛ لأنه لم يقر له بالقبض بوجه من الوجوه، وبخلاف الخمر؛ لأنه أقر بالقبض، وادعى تغيُّرًا موجودًا في ذلك الوقت، ولو خلينا وهذا اللفظ لم يكن فيه دليل على صورة المسألة، وأن العبد في يد المرتهن، لكن قرينة ذكرها مع مسألة الخمر والفرق بينهما يدل لذلك. وأيضًا الأصحاب المتقدمون القريبون من زمنه كالمصنف ونحوه أعلم منا بمراده؛ لأنهم لا يقتصرون على مدلول لفظه الذي في الكتاب، بل يكون عندهم أشياء مما تلقوها من مشايخهم ولم تدوّن يفهمون بها مراد ذلك المصنف.

وبالجملة: طريقته في هذا ضعيفة إذا أقر المرتهن بالقبض. وقوله: «لأن الميت لا يصح قبضه» إن أراد شرعًا فالخمر كذلك، وتصحيح كلامه: أنه

أراد: لا يتفق قبضه بحيث يلتبس موته على قابضها؛ لأنه لا يقبض إلَّا ظاهرًا، لكن هذا خلاف الفرض؛ لأن الفرض أنه قبضه في محمل أو ملفوفًا، وما أشبه ذلك، ولا فرق بين العبد في المحمل والعصير في الظرف؛ ولهذا كان جمهور الأصحاب على طريقة القولين.

وفي «البحر»: «أنها قول أبي إسحاق ونصَّ عليها في «الأم»»[1]، وخطر لي أن ذلك غلط في نسخة «البحر»، وأن الناسخ نقل ذلك من المسألة المتقدمة إلى هذه، فإن هذه لم أرها منصوصة، بل القاضي حسين استنبط الخلاف فيها من القولين في المسألة المتقدمة، والقاضي حسين لم يبتكر ذلك، فقد سبقه إليه الشيخ أبو حامد.

نعم، استنبط القاضي حسين مع ذلك الخلاف في فرع آخر؛ وهو إذا اشترى مائعًا وجاء بظرف قبضه البائع فيه، فوجدت فيه فأرة ميتة، فقال البائع: كانت في ظرفك، وقال المشتري: بل قبضته وفيه الفأرة، **ففيمن يصدق القولان؟ أحدهما**: البائع، ويحمل على أن الفأرة كانت في ظرف المشتري، ولا يمنع ذلك من صحة القبض؛ لأن المائع إذا [٢/٢٠٥] حصل في فضاء الظرف ثبت له حكم القبض جزءًا فجزءًا قبل أن يلقي النجاسة.

والثاني: يصدق المشتري ويثبت له الخيار في فسخ البيع، كما لو تحققنا طريانها قبل القبض، والأول أصح. ولو زعم المشتري أنها كانت فيه يوم البيع، فهذا اختلاف في أن العقد جرى صحيحًا أو فاسدًا، والأصح تصديق مدعي الصحة.



(١) الأم (٥/ ٢٥١).

فائدة:

خرج مخرجون القولين في مسألة العصير ومسألة العبد على أن المدعي من يدعي أمرًا خفيًّا، والمدعى عليه من يدعي أمرًا جليًّا، أو المدعي من لو سكت ترك، والمدعى عليه من لو سكت لم يترك.

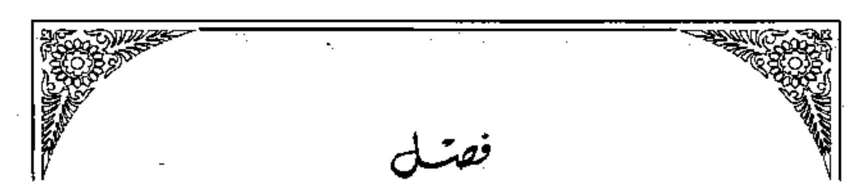
فإن قلنا بالأول، فالمدعي الراهن؛ لأنه يزعم جريان القبض الصحيح، والأصل عدمه؛ فيكون القول قول المرتهن.

وإن قلنا بالثاني، فالمدعي المرتهن؛ لأنه لو سكت لترك، والراهن لا يترك لو سكت؛ فيكون القول قول الراهن.

فرع اختلفا في قِدَم عيب الرهن وحدوثه إذا كان مشروطًا في بيع، فادعى الراهن أنه حدث بعد القبض، وقال المرتهن: قبله، فالقول قول الراهن، وقد تقدم في أثناء الكلام على العصير وقاسوا عليه مسألة العصير.



قال:



فصل

[في الاختلاف في تحديد المرتهن]

وإن كان لرجل عبد، وعليه ألفان لرجلين، لكلٍّ واحد منهما ألف، فادعى كل واحد منهما: أنه رهن العبد عنده بِدَيْنه، والعبد في يد الراهن، أو في يد العدل، نظرتَ: فإن كذّبهما فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرهن، وإن صدقهما وادعى الجهل بالسابق منهما، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف فسخ الرهن على المنصوص؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فبطل، كما لو زوَّج المرأة وليَّان من رجلين وجهل السابق منهما.

ومن أصحابنا من قال: يجعل بينهما نصفين؛ لأنه يجوز أن يكون مرهونًا عندهما، بخلاف الزوجة.

وإن صدّق أحدَهما، وكذَّب الآخر، أو صدقهما وعيَّن السابق منهما، فالرهن للمصدق، وهل يحلف للآخر؟ فيه قولان؛ أحدهما: يحلف.

والثاني: لا يحلف؛ بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد، ثم أقر بها لعمرو، هل يغرم لعمرو شيئًا أم لا؟ فيه قولان؛ فإن قلنا: لا يغرم، لم يحلف؛ لأنه إن نكل لم يغرم، فلا فائدة في عرض اليمين.

وإن قلنا: يغرم، حلف؛ لأنه ربما نكل، فيغرم للثاني قيمته.

فإن قلنا: لا يحلف، فلا كلام.

وإن قلنا: يحلف، نظرتَ، فإن حلف، انصرف الآخر، وإن نكل عرض اليمين

على الثاني، فإن نكل انصرف، وإن حلف بنينا على القولين في يمين المدعي مع نكول المدعى عليه.

فإن قلنا: إنه كالبينة نزع العبد وسلّم إلى الثاني.

وإن قلنا: إنه كالإقرار، ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنه ينفسخ؛ لأنه أقر لهما، وجهل السابق منهما.

والثاني: يجعل بينهما؛ لأنهما استويا، ويجوز أن يكون مرهونًا عندهما فجعل بينهما.

والثالث: يقر الرهن في يد المصدق ويغرم للثاني قيمته ليكون رهنًا عنده؛ لأنه جعل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن، فلزمه ضمانه.

وإن كان العبد في يد أحد المرتهنين نظرت، فإن كان في يد المقر له أقر في يده؛ لأنه اجتمع [له][1] اليد والإقرار، وهل يحلف للثاني؟ على القولين، وإن كان في يد الذي لم يقر له فقد حصل لأحدهما اليد وللآخر الإقرار، وفيه قولان؛ أحدهما: يقدم الإقرار؛ لأنه يخبر عن أمر باطن.

والثاني: يقدم [٢/٢٠٥ب] اليد، وهو قول المزني؛ لأن الظاهر معه، والأول أظهر؛ لأن اليد إنما تدل على الملك لا على العقد، وإن كان في يدهما فللمقر له الإقرار، واليد على النصف، وفي النصف الآخر له إقرار، وللآخر يد، وفيه قولان؛ أحدهما: يقدم الإقرار، فيصير الجميع رهنًا عند المقر له.

والثاني: تقدم اليد، فيكون الرهن بينهما نصفين.



الفصل من منصوصات «المختصر»[2] في باب رهن الرجلين الشيء

(١) زيادة من المطبوع من المهذب. (٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٧).

الواحد. **وصورة المسألة**: أن كلًّا منهما ادعى الرهن والقبض، وإنما سكت المصنف عن القبض لظهوره. وقوله: فيما إذا كان في يد الراهن أو العدل إن كذّب المدعيين فالقول قوله مع يمينه؛ أي: يحلف لكل منهما يمينًا، وكذا قال البغوي[١] والرافعي[٢]، وهو كقول البغوي فيما إذا ادعى كل واحد من الزوجين على المرأة العلم بالسبق، وقول القفال هناك: «إن حضرا وادعيا حلفت يمينًا»[٣]، وقياسه أن يأتي هنا.

قال الماوردي: «وإنما لزمته اليمين قولًا واحدًا؛ لأنه لو رجع وبين الأول منهما قبل»[٤]. وهذا الحكم الذي ذكره المصنف لا يختص بما إذا كان في يد الراهن أو العدل، بل لو كان في يد المدعيين أو أحدهما كان الحكم كذلك، صرح به صاحب «البيان»[٥]، وصاحب «الانتصار»، وصاحب «الاستقصاء»، واقتضاه كلام الرافعي وغيره، وعلله صاحب «البيان» بأن اليد لا يرجح بها في العقد، وهو جارٍ على ما قدمناه من أن صاحب اليد لا يصدق في دعوى الرهن.

أما إن صح الوجه المتقدم عن الغزالي فيطّرد ها هنا، ولكنه بعيد الصحة، فلو قدم المصنف هذا الحكم على تقسيمه من هو في يده كان أحسن؛ ولهذا لم يذكر بعد ذلك فيما إذا كان في يدهما أو في يد أحدهما حكم تكذيبهما أو تصديقهما. وقوله: «وإن صدقهما...» إلى آخره.

صورة المسألة: أن يدعي كل منهما السبق، وأن الراهن عالم بصدقه

---

(١) التهذيب (٤/ ٧٢).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٣١).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٥/ ٤٣٣).

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٩٩).

(٥) البيان (٦/ ١٢١).

فيحلف الراهن على نفي العلم.

فإذا حلف، فأربعة أوجه: أحدها: الوقف كما في الزوجة إذا زوَّجها وليَّان، حكاه ابن داود، وسماه قولًا، **والثاني:** أن فائدة حلفه لهما انقطاع الخصومة عنه من جهتهما، والخصومة قائمة بين المتداعيين؛ حكاه الإمام عن صاحب «التقريب»، وشيخه أبي محمد، قال: «وهو حُسْنُ فقه»[١]، وصحّحه الغزالي في «الوسيط»، وهو المختار.

والوجه الثالث: وهو الذي ذكره المصنف أخيرًا أنه يجعل بينهما نصفين، قال الإمام: «وهذا وإن كان مشهورًا، فليس يستند إلى فقه متين إلَّا أن يعترف المتداعيان بالإلباس»[٢].

والوجه الرابع: أن الخصومة انتهت بحلفه وتعذر الإمضاء فينفسخ الرهنان، وهذا هو الصحيح المنصوص، وإن نكل الراهن؛ ردت اليمين عليهما، فإن حلف أحدهما وحده قضي له، وإن حلف عادت الأوجه الثلاثة، وهي ما سوى الثاني؛ إذ لا جريان له بعد انتهاء الخصومة.

وإن نكلا فكما لو حلفا على ما قاله الإمام[٣] والرافعي[٤]، وجزم الماوردي بأن الرهن حينئذ مفسوخ بنكولهما والعبد في يد مالكه غير مرهون، وحكى الخلاف في حال حلفهما: هل ينفسخ لتعارض بينتهما أو يقسم لتساويهما[٥]، وكل من حكى وجه القسمة حيث حكاه جعله وجهًا إلَّا ابن داود، فإنه حكاه قولًا. وإذا قلنا بالأصح المنصوص: هل نقول: ينفسخ

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٨).
(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٨ - ٢٦٩) بمعناه.
(٣) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٩).
(٤) فتح العزيز (٤/ ٥٣١).
(٥) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٥).

الرهنان أو يبطلان؟ عبارة الشافعي: «كان الرهن مفسوخًا»[١]، وتبعه المصنف.

وممن تبعه على هذه العبارة القاضي حسين، والماوردي[٢]، والروياني، والإمام، وعبارة البغوي، والرافعي[٣]: أنه يحكم ببطلان العقد، وينبغي أن يقال في ذلك [٢/٢٠٦] ما قيل فيما إذا زوَّج الوليَّان ولم يعلم السابق ويأتي التفصيل والخلاف المذكور هناك، والذي يتلخص منه هنا أنه إن احتمل السبق والمعية، فالرهنان باطلان.

وقيل: لا بد من إنشاء فسخ، وإن سبق واحد معين، ثم خفي، فيتوقف حتى يتبين، ولا يجوز للراهن التصرف فيه بما يبطل به حق المرتهن، ولا لواحد منهما المطالبة ببيعه قبل التبيُّن.

وإن علم سبق أحدهما ولم تعلم عينه، فباطلان. وقيل: يتوقف، فعلى البطلان: هل يحتاج إلى إنشاء فسخ؟ فيه الخلاف السابق.

فإن قلنا: يحتاج، فالذي ينشئه الحاكم. **وقيل**: للراهن الفسخ بغير مراجعة الحاكم. **وقيل**: لهما أيضًا الفسخ، هذا قياس ما ذكروه هناك.

وقال الإمام هنا فيما إذا لم يدّعيا العلم عليه وتنازعا فيما بينهما، فحلفا أو نكلا: «قال الأصحاب: انفسخ الرهن، قال الشيخ أبو محمد: يمكن أن يجعل بمثابة ما لو تحالف المتبايعان، وفيه خلاف في أن العقد ينفسخ أو يفسخ، ثم إذا قلنا: ينشأ فسخه، فالقاضي يفسخ أو المتعاقدان، فلنخرج هذا على ذاك، فإن حكمنا بالانفساخ أو نفذنا الفسخ، فالقول في الظاهر

---

(١) الأم (٣/ ١٧٨).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٤).
(٣) فتح العزيز (٤/ ٥٣١).

والباطن يعود، وهذا اختلاف حقه الجريان في كل موضع رتّب الحكم فيه بالفسخ على الإشكال، وتعذر إمضاء العقد.

فإن قلنا بالانفساخ، وهو الذي أطلقه الأصحاب في هذه المسألة، فلا كلام.

وإن قلنا بإنشاء الفسخ، فليس ذلك إلى المدعيين، ولكن يفسخ الحاكم ويبعد أن يقال بفسخ المالك، فإن الخصومة ما تعلقت به»(١). انتهى ما قاله الإمام.

وبين إلحاقه بالتحالف وإلحاقه بمسألة الزوجة تبايُن لا يخفى، وهو عندي بمسألة الزوجة أشبه منه بمسألة التحالف. ثم ذكر الإمام حالة حلف الراهن على عدم العلم وحالة نكوله وعود اليمين إليهما، وقال: «إن الكلام في الانفساخ ما مضى»(٢) هذا كله ذكرناه من كلام الإمام لتعلقه بالانفساخ.

وأصل الكلام فيما دل عليه كلام المصنف؛ وهو ما إذا ادعى كل منهما السبق، وأن الراهن عالم به، فإن لم يدعيا السبق أو ادعياه وصدَّقا الراهن في أنه لا يعلم، فلا يمين عليه، ولا نزاع لهما معه، والخصومة بين المدعيين ولكل منهما أن يحلف صاحبه، فإن تحالفا أو نكلا عَسُر إمضاء الأمر بينهما، وعادت الأوجه الثلاثة: هل يقسم أو يوقف أو يفسخ؟ وهو الأصح.

والقول بالوقف لا يدل عليه كلام الإمام، وإنما يدل عليه كلام ابن داود، فإنه حكاه بصريح الوقف كمسألة الزوجة، والإمام اقتصر على كونه إذا حلف الراهن لا تنقطع الخصومة بينهما، ولم يصرح عند انتهاء الخصومة

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٧ - ٢٦٨).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٨).

بينهما إلَّا بالفسخ.

واعلم أن كون كل منهما يحلف صاحبه رأيته في كلام الإمام مجزومًا به، ولم يذكره الرافعي، بل قال: «إن لم يدعيا السبق أو صدقاه، **فوجهان؛ أحدهما**: يقسم. **والثاني**: يحكم ببطلان العقد»[1]، **فإما أن يكون في** كلامه إطلاق يقيده كلام الإمام.

وإما أن يقال: إن ذلك يخرج على أن المرتهن هل يخاصم، فإن منعناه لم يكن لكل منهما تحليف صاحبه؛ لأنه لا يدعي عليه، فكيف يحلفه فينبغي أن يكون التداعي بين المرتهنين مبنيًّا على أن المخاصم في الرهن المالك أو المرتهن، ويكون ما قاله الإمام مفرعًا على أن للمرتهن المخاصمة، وما ذكره الرافعي مفرعًا على أنه ليس له المخاصمة.

ولهذا لم يحكِ الرافعي في المسألة في جميع الأحوال إلَّا قول الفسخ، ووجه القسمة خاصة.

[٢٠٦/٣ب]

نعم، ما حكاه ابن داود من قول الوقف ينبغي أن يجري، سواء أقلنا ⇑ للمرتهن المخاصمة أو لا، **فإنا إن قلنا**: لا يخاصم انتهت الخصومة يحلف الراهن فيوقف حينئذ.

وإن قلنا: يخاصم فيوقف إذا انتهت الخصومة بنكولها أو حلفها ويخرج حينئذٍ من هذا أن يحلف الراهن يأتي **أربعة أوجه؛ أصحها**: الفسخ. **والثاني**: القسمة. **والثالث**: الوقف. **والرابع**: يتداعى المرتهنان فيما بينهما؛ لأن يمين الراهن كانت لنفي العلم لا لنفي الرهن، وهو المختار، وقد قلنا: إن الغزالي صححه، وصححه الإمام أيضًا في آخر كلامه، فإذا حلفا أو نكلا، جرت الأوجه الثلاثة كما ذكرناه في أول الكلام،

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣١).

والوقف حتى تبين كما في الزوجة.

وقول المصنف: «فسخ الرهن» ظاهره أنه يحتاج إلى إنشاء فسخ وهو **يحتمل أمرين؛ أحدهما**: أن يكون كالتحالف يفتقر - على الأصح - إلى فسخ المتعاقدين أو الحاكم على ما بيّن في بابه، ويكون موافقًا لما تقدم عن الشيخ أبي محمد.

والثاني: أن يلحقه بمسألة الزوجة، كما يشعر به كلامه.

لكن القول بإنشاء الفسخ في الزوجة ضعيف، وقد صرح المصنف في كتاب النكاح في مسألة الزوجة ببطلان العقدين، والقياس التسوية بين البابين، ويحمل ما أطلقه في أحدهما على ما ذكره في الآخر:

إما أن يقال بالفسخ فيهما لتحققنا تقدم عقد، فلا بد في رفعه من فسخ، **وإما أن يقال**: ما لم يتعين، لا يثبت له حكم فوجوده كعدمه، فيحكم بالبطلان من أصله.

وقياس إلحاق المصنف ما نحن فيه بمسألة الزوجة -وهو إلحاق صحيح: أنه لو عرف السابق ثم نسي يتوقف إلى البيان قطعًا كنظيره في الزوجة، وفيما إذا لم يعرف السابق لكن علم أن أحدهما بعينه سابق فيه وجه بالوقف. وقياسه أن يأتي هنا -كما صرح به ابن داود- قال الماوردي: «إن حلف الراهن فمذهب الشافعي أن الرهن مفسوخ وسواء أكان الرهن في يده أو في يد أحد المرتهنين»[١]. انتهى.

وهو يبين أن هذا الحكم أيضًا لا يختص بحالة أن يكون الرهن في يد الراهن أو العدل، بل هو عامٌّ كما قلناه حالة التكذيب، فلو قدمه المصنف على التقسيم لكان أحسن.

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٦) بمعناه.

وقول المصنف: ولو صدَّق أحدهما وكذَّب الآخر أو صدَّقهما وعيَّن السابق منهما، فالرهن للمصدق، قال ابن أبي عصرون: أو للسابق. **قلت**: ويمكن تصحيح كلام المصنف بأن تعيين السابق تصديق أيضًا في دعوى السبق، فمعناه: فالرهن للمصدق في دعواه جميعها، وهي الرهن وحده في المسألة الأولى، والرهن مع السبق في المسألة الثانية وتصديق الراهن هنا مقبول بالاتفاق إذا كان العبد في يده، أو في يد وكيله، أو أجنبي ليس من جهته، ولا من جهة المرتهنين والعدل سنتكلم عليه في الآخر.

وفي هذه الحالة يظهر التقسيم واحتراز المصنف بقوله: والعبد في يد الراهن أو في يد العدل، ففي هذه الحالة القول قول الراهن قطعًا، وهل يختلف؟ **قولان؛ المنصوص منهما في هذا الموضع**: أن لا يمين عليه؛ لأن اليمين تجب؛ زجرًا للمستحلف ليرجع عنها، فيحكم برجوعه، وهذا الراهن لو رجع عن إقراره لم يحكم برجوعه، فلم يكن لوجوب اليمين عليه وجه. وهذا القول هو الأصح في «التهذيب»[1] و«البحر».

والقول الثاني: أنه عليه اليمين وإن لم يقبل رجوعه؛ لأنه قد يستفاد بها إن نكل أن يرد على المكذب، فيستحق بها إن حلف ما سنذكره، وهذا القول ذكر الماوردي [٦/٢٠٧] «أنه مخرج من قوله في «الإملاء» في الزوجة إذا أنكحها وليَّان، فصدقت أحد الزوجين، أن عليها اليمين في أحد القولين، ومن الراهن إذا أقر بجناية عبده المرهون، وقبل قوله: إن عليه اليمين في أحد القولين»[2]، وذكر المصنف، والقاضي حسين، والإمام، والرافعي[3]، وغيرهم، أن القولين في تحليف الراهن ينبيان على القولين فيمن أقر لزيد،

---

(١) التهذيب (٤/ ٧٣).

(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٥) بمعناه. (٣) فتح العزيز (٧/ ٣٢١).

ثم لعمرو: هل يغرم لعمرو؟ إن قلنا يغرم، حلف، وإلَّا فلا.

وقد يقال: لو صح هذا البناء، لكان الأصح التحليف؛ لأن الأصح التغريم، ولأجل ذلك قال ابن أبي عصرون هنا: يحلف على أصح الوجهين، لكن المنصوص الذي نقله المزني[١]، والبويطي، أنه لا يحلف كما صححه البغوي[٢]، والروياني.

وأما تحليف الزوجة إذا صدقت أحد الزوجين، فقد قال الرافعي في كتاب النكاح: «**إن قلنا:** تغرم لو أقرت للثاني سمعت الدعوى عليها وحلفت، **وإلَّا فإن قلنا:** اليمين المردودة كالإقرار لم تسمع الدعوى عليها، **وإن قلنا:** كالبينة سمعت وحلفت»[٣]، وهذا يقتضي أن الصحيح تحليفها؛ لأن الصحيح عنده التغريم، والحلف مبنيٌّ عليه، أو على أنها كالبينة، فهو أَوْلَى منه.

وأما الراهن إذا أقر بجناية عبده المرهون وقلنا: يقبل إقراره، فالصحيح تحليفه، وإذا وصلت إليها في هذا الباب؛ تعلم أنها ليست كما نحن فيه.

واعلم أن الذي نقله المزني عن الشافعي في «المختصر»[٤] فيما إذا أقر لزيد، ثم لعمرو أنه لا يغرم، وهو الذي صححه البغوي[٥] هناك، وفي الزوجة أيضًا إذا أقرت للثاني بعد إقرارها للأول، وذلك يوافق ما نص عليه هنا، وصححه البغوي من عدم تحليف الراهن، وقال البغوي بمثله في الزوجة[٦]، فصح أنها لا تحلف، ولا يدعى عليها بعد إقرارها للأول فمشى

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٧).
(٢) التهذيب (٤/ ٧٢).
(٣) فتح العزيز (١١/ ٨).
(٤) مختصر المزني (٨/ ٢١٢).
(٥) التهذيب (٤/ ٢٥٥).
(٦) التهذيب (٨/ ٣٢٩).

المزني والبغوي على قاعدة في الأبواب كلها، والقول بالتغريم في مسألة الإقرار، قال الماوردي في كتاب الإقرار: «إن الشافعي نص عليه في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر الذي لم ينقل المزني منه شيئًا»(١)، وهو الذي قال الرافعي: إنه أصح عند الأكثرين.

وقياسه مع ما قاله من البناء أن نقول في الزوجة بالتغريم والتحليف، وهو ظاهر كلامه، وأن نقول في الراهن بالتحليف، وكأنه لما استشعر ذلك ورأى النص بخلافه خلص من العهدة وقال: **أصحهما** عند صاحب «التهذيب»: أنه لا يحلف، وقد علمت أن صاحب «التهذيب» إنما صحح ذلك لقاعدته التي عرفتها في باب الإقرار.

وأما النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الروضة» فأطلق أن **أظهر القولين في الراهن**: عدم تحليفه مع موافقته على ما قاله الرافعي في الإقرار من التغريم، وفي النكاح مما يقتضي التغريم والتحليف؛ فالإشكال على النووي قوي جدًّا، ومع ذلك فالقول بالتحليف قويٌّ، وكذا القول بالتغريم في الإقرار، وإن كان المزني لم ينقله، فليكن هذا هو المختار؛ أعني التحليف والتغريم في المواضع كلها إلَّا ما يستثنى في باب الإقرار.

وهذا الذي اخترته من تحليف الراهن تقدم أن ابن أبي عصرون صححه، ووافق البغوي غيره على بناء تحليف الراهن على التغريم لما لم يكن واردًا عليه وزاد فقال: «**إن قلنا**: يغرم فها هنا للثاني تحليفه. **وإن قلنا**: لا يغرم، **فإن قلنا**: النكول ورد اليمين بمنزلة الإقرار لم يحلف. **وإن قلنا**: بمنزلة البينة حلف»(٢) ⇑[٢٠٧/٢ب] وهذا كما قاله الرافعي في الزوجة، وقد أورد الفارقي

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ٣٤).

(٢) التهذيب (٤/ ٧٣).

على المصنف في قوله؛ لأنه إن نكل لم يغرم، فلا فائدة في عرض اليمين عليه.

وإن قلنا: يغرم حلف؛ لأنه ربما نكل فيغرم للثاني قيمته أن لفظ النكول هنا يحسن استعماله، فإن النكول إنما يستعمل في حق من لم يحلف، ولم يعترف فالعبارة الصحيحة أن يقول؛ لأنه لو اعترف لم يغرم للآخر شيئًا. انتهى.

ويمكن تصحيح كلام المصنف بأن مراده أنه إن نكل؛ أي: امتنع عن اليمين: فعلى القول بأنه يغرم إذا أقر ترد اليمين، فيحلف المدعي ويغرمه وعلى القول بأنه لا يغرم يمنع ذلك؛ لأن اليمين المردودة كالإقرار، فلا فائدة.

وقول المصنف: «فإن قلنا: لا يحلف، فلا كلام»؛ أي: يكون العبد رهنًا في يد المصدق، ولا كلام بعده.

وقوله: «وإن قلنا: يحلف فحلف انصرف الآخر»؛ أي: المكذب الذي طلب اليمين، ويكون العبد رهنًا في يد المصدق.

وقوله: «وإن نكل عرض اليمين على الثاني». قسم الماوردي نكوله إلى قسمين: «**أحدهما**: أن ينكل عن اليمين، ويعترف للمكذب فلا ترد اليمين؛ لحدوث الاعتراف له، ويصير الراهن بهذا الاعتراف راجعًا عن الأول مقرًّا للثاني، ولا يقبل رجوعه عن الأول، ويكون العبد بيد الأول لتقدُّم الإقرار له.

وهل يغرم للثاني؟ على **وجهين** مخرجين من اختلاف قوليه فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو، **أحدهما**: يغرم قيمة العبد تكون رهنًا بيد الثاني لتفويته الرهن عليه بإقراره المتقدم.

والثاني - وهو أصح في هذا الموضع: أنه لا غرم عليه؛ لأنه أقر بمال لزمه ولم يتلف عليه مالًا، فيلزمه غرمه»[١].

قلت: هذه علة ضعيفة والمختار وجوب الغرم.

القسم الثاني: أن ينكل عن اليمين ولا يعترف للثاني، وهو مقصود المصنف فتعرض اليمين على الثاني، فإن نكل انصرف وكان العبد رهنًا بيد المصدق، ولا شيء للمكذب، وإن حلف المكذب، **فإن قلنا**: اليمين المردودة كالبينة، وهو أضعف القولين، **فوجهان؛ أحدهما**: ما قاله المصنف أنه ينزع العبد أي: من يد الأول إن كان سلم إليه أو من يد الراهن إن كان باقيًا في يده، ويسلم إلى الثاني وفاء بجعل اليمين المردودة كالبينة.

وهذا وجه حكاه الإمام وضعّفه[٢]؛ لأن يمين الرد إنما تجعل كالبينة في حق المتداعيين خاصة، ولا تتعدى إلى ثالث، هذا هو المشهور في يمين الردِّ.

وفيها وجه غريب: أنها تتعدى إلى ثالث اقتصر عليه بعض الشارحين في مسألة إنكاح الوليين، وهو يناسب هذا الوجه، وعلى هذا إذا انتزعنا الرهن وسلمناه للثاني: فهل يغرم المالك القيمة للأول؟ طريقان في «النهاية»: منهم من قال: قولان، ومنهم من قطع بأنه لا غرم عليه؛ لأن امتناعه من اليمين ليس بمنزلة الإقرار الذي هو مقصِّر فيه ومن حقه ألا يقوله.

قال الإمام: «ولا ينبغي أن نزيد على هذا الخبط في تفريع أصل هو خطأ»[٣]، يعني: الوجه الذي في الكتاب، وقال: «إنه غلط صريح لا ينقل

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٥ - ٢٢٦).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٧). (٣) المصدر السابق.

مثله إلَّا للتنبيه على كونه زللًا»[1]، ولا معنى للاعتناء بالتفريع عليه.

والوجه الثاني - وهو الذي ارتضاه الإمام، وقال الرافعي: «إنه الأصح»[2]: أنه يوجد القيمة من المالك لتكون رهنًا عند الحالف ولا ينزع المرهون من الأول، هذا إذا جعلنا اليمين المردودة كالبينة، وإن جعلناها كالإقرار، وهو الصحيح، وعليه اقتصر الماوردي ﵀ [٢/٢٠٨أ] هنا، فالأوجه الثلاثة التي في الكتاب، وقال الماوردي: «إن ابن أبي هريرة حكاها»[3] وأرجحها الثالث القائل بأنه يقر الرهن في يد المصدق، ويغرم للثاني قيمته لتكون رهنًا عنده. وأما الوجهان الأولان فبعيدان جدًّا؛ لأنه لو أقر للثاني بعد إقراره للأول لم يبطل إقراره للأول، ولا يقاسمه فيه، فإذا نكل بطريق الأولى، فالقول بالانفساخ أو بالقسمة هنا في غاية الضعف، كيف ينتزع حقًّا ثبت بغير بينة؟!

وكأن هذين الوجهين يجعلان اليمين المردودة أرفع من الإقرار؛ لأنها حجة تنتهي بالخصومة، فمن هذه الجهة عارضت الإقرار السابق ودون البينة؛ إذ لو كانت كالبينة لأبطلته، ولكن هذا لا يعرف في أحكام اليمين المردودة، بل المعروف فيها أنها كالإقرار على قول، وكالبينة على آخر. وأيضًا ففيه إبطال لحق الغير بغير حجة لا بينة ولا يمين من جهة صاحب الحق.

وقد وقع في كلام الرافعي هنا إشكال، فإنه قال: «إذا صدق أحدهما وكذب الآخر قضي للمصدق، وهل للمكذب تحليفه؟ **إن قلنا**: يغرم لو أقر للثاني، فله تحليفه.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٧).

(٢) فتح العزيز (٤/ ٥٣١).

(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٦).

وإن قلنا: لا يغرم فيبنى على أن النكول ورد اليمين بمثابة الإقرار أو البينة، **إن قلنا بالأول**: لم يحلف، **وإن قلنا بالثاني**: حلفه، فإن نكل فحلف اليمين المردودة ففيم يستفيد به؟ **وجهان؛ أحدهما**: ينزع من الأول وفاء بجعلها كالبينة.

وأصحهما: يأخذ القيمة من المالك؛ لأنها وإن جعلت كالبينة لا تكون حجة على غيرها»[1]. انتهى.

فقوله: فإن نكل إن كان مفرعًا على قولنا بتحليفه مطلقًا: إما لقولنا بالتغريم، وإما لجعلنا اليمين المردودة كالبينة، لم يستقم تعليله الوجهين، وإن كان مفرعًا على تحليفه إذا قلنا: اليمين المردودة كالبينة.

فيبقى قسم أهمله، وهو ما إذا قلنا: إنها كالإقرار - وهو الصحيح - وقلنا بالتحليف بناءً على التغريم لم يتعرض الرافعي لذلك، وهو القسم الذي حكى المصنف فيه الأوجه الثلاثة، وصححنا منها وجه التغريم. هذا كله إذا كان في غير يد المرتهنين، فإن كان في يد أحدهما، فإن كان هو المقر له أقر في يده.

وهل يحلف للثاني؟ على القولين، وإن كان في يد الذي لم يقر له، **فقولان منصوصان؛ أصحهما**: أن القول قول الراهن لما ذكره المصنف.

والثاني - وبه قال المزني: «أن القول قول صاحب اليد»[2]. وعبارة الشافعي في «الأم»: «فيها قولان»[3].

فإن قلت: أنكرتم قبل هذا أن أحدًا قال بتصديق صاحب اليد إذا ادعى

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣١) بمعناه.
(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٧) بمعناه.
(٣) الأم (٣/ ١٧٨).

الرهن وأنكر المالك واستغربتم الوجه الذي حكاه الغزالي في الدعاوى ولم تجعلوه صريحًا في ذلك، وهذا قول منصوص للشافعي والمزني قائل به بتصديق صاحب اليد في دعوى الرهن.

قلت: ليس كذلك، ويكفي في دفع هذا الخيال كلام الماوردي، وكلام الإمام: أما الماوردي فإنه إنما ذكر القولين فيما إذا صدقهما، ولكن أقر بالسبق لغير صاحب اليد، واستدل لتصديق الراهن بأنه لو أنكر الرهن وكان في يده لم تكن يده دليلًا على صحة دعواه كذلك إذا اعترف أنه رهنه بعد الأول رهنًا فاسدًا كان كما لو أنكره ولم تكن يده دليلًا، واستدل للقول الآخر بأنهما لو تداعياه بيعًا وأقر لهما بالبيع، وأن أحدهما سبق، كان القول قول صاحب اليد. ثم فرق بأن إقرار الراهن في ملكه وإقرار البائع في غير ملكه[1]. وأما الإمام فقال: «ولا يكاد يخفى فرض [٢/٢٠٨ب] المسائل كلها في تسليم جريان الرهن في صورته مع الرجلين، وإنما النزاع في السابق بالقبض»[2].

ثم قال: «واختار المزني أضعف القولين، وقال: إذا أقر المالك بالرهن والقبض لمن لا يد له، فالقول قول صاحب اليد، وهذا تقديم منه لليد على الإقرار، وليس له أصل، ولا يعرف أن الإنسان إذا كان في يده ملك لغيره، فادعى أنه رهنه منه المالك، وأنكر صاحب الملك أصل الرهن، فالقول قول المالك في نفيه، ولا حكم ليد مدعي الرهن، وإنما القولان فيه إذا جرى الرهن، وآل التنازع إلى القبض. وإذا كان الرهن لا يلزم بنفسه، فأي أثر له والقبض متنازع فيه؟!

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٨).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٧٢).

ثم فرَّع المزني: إذا كان بيد أحدهما فقال: قبضته أنا وصاحبي ولكن سبقته بالقبض، نزع منه، وسُلِّم إلى صاحبه؛ لاعترافه بتقديم يد صاحبه على يده المشاهدة، وقال القفال: إن اعترف أنهما لم يقبضاه إلَّا دُفعة واحدة، فالجواب كما ذكره المزني، وإن قال: سبقته باليد، فقبضه مني، ثم انتزعته منه، فإنا نقره في يده»[١]. والذي ذكره المزني أَوْجه مما ذكره القفَّال.

واعلم أن لفظ «مختصر المزني»: «فإن كان في يدي أحدهما وصدق الذي ليس في يديه، **ففيها قولان؛ أحدهما**: يصدق. **والآخر**: لا يصدق»، قال المزني: «**أصحهما**: أن يصدق؛ لأنه حق من الحقوق اجتمع فيه إقرار المرتهن ورب الرهن»[٢].

ثم رأيت أن القول قول المرتهن الذي هو في يديه؛ لأن الراهن مقرٌّ له أنه أقبضه في جملة قوله، وله فضل يده على صاحبه، قال الماوردي: «فكان أولُ كلامه دليلًا على أنه اختار أن القول قول الراهن. ثم آخر كلامه يدل على أن القول قول المرتهن صاحب اليد، فاختلف أصحابنا، فكان بعضهم يقول: للمزني في المسألة قولان كما للشافعي.

وقال أكثر أصحابنا: إن المزني قال: أصحهما عندي: أن القول قول الراهن على مذهب الشافعي وموضوع أصوله، والذي أراه على مذهبه أن القول قول المرتهن»[٣].

وإن كان في يد أحد المتداعيين، فقد ذكر المصنف أن فيه في النصف قولين.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٧٢ - ٢٧٣) بمعناه.

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٧).

(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٩).

وقال الرافعي: «إنه على القولين»[١]. ونقل الماوردي ذلك عن ابن أبي هريرة، وقال: «إنه ليس بصحيح، وأن منصوص الشافعي أن القول قول الراهن في جميع العبد ويكون العبد كله رهنًا في يد المقر له بالسبق. وما نص الشافعي عليه أَوْلى؛ لأنهما استويا في اليد وفضل أحدهما بالإقرار، فكان الحكم له»[٢].

قال الماوردي: «إذا كان في يد أجنبي، فإن كانت يده نيابة عن الراهن، فكما لو كان في يد الراهن، وإن كانت نيابة عن أحد المرتهنين، كان كما لو كان في يد ذلك المرتهن، وإن كانت يده غاصبة، فكما لو كان في يد الراهن»[٣].

وقد ذكر المصنف أن العدل كالراهن وهو إذا كان من جهة الحاكم ظاهر؛ لأنه أجنبي عنهما. وأما إذا كان من جهتهما، أعني الراهن والمرتهن، فله نيابة عن المالك في الملك، وعن المرتهن في الوثيقة؛ فيصير كأنه في يد الراهن والمرتهن جميعًا، فيكون كما لو كان في يد الراهن وحده؛ لأن يد المرتهن إنما تصلح للترجيح لو انفردت عن يد المالك.

قال الرافعي: «والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض لا بسبق العقد حتى لو صدق هذا في سبق العقد وهذا في سبق القبض فالمتقدم الثاني»[٤]، هذا كله إذا لم تكن بينة، فإن كانت ولم يعارضها غيرها عمل بها والبينة هنا شاهدان أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين، قاله الماوردي[٥]؛ لأنها

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٢).
(٢) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٨ - ٢٢٩).
(٣) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٩) بمعناه.
(٤) فتح العزيز (٤/ ٥٣٢).
(٥) الحاوي الكبير (٦/ ٢٢٤).

مسموعة فيما يفضي إلى مال، وهذا هو الصحيح.

وحكى الأصحاب وجهًا في كتاب الشهادات: أن ⇑ الرهن لا يثبت بشاهد وامرأتين، ولا شاهد ويمين، وإن كان لكل منهما بينة وقد كذبهما، قال الماوردي: فيجيء هنا قول التساقط وقول القرعة، واختلف أصحابنا في تخريج قول الاستعمال وجعله بينهما نصفين على وجهين، وإن كان قد كذب أحدهما وصدق الآخر ولكل منهما بينة سُمعتا.

وإن كان المقر لا تسمع عليه البينة بإقراره، ولكن هنا تسمع بينته معارضة لبينة المكذب، فإذا تعارضتا قوى المصدق بالإقرار له، فحكم له بقوله، وسقطت البينتان؛ لتعارضهما، وكان العبد رهنًا بيد المصدق، ولو لم يكن للمصدق بينة؛ حكم ببينة المكذب، وقدمت على الإقرار.

وذكر الماوردي فيما إذا صدقهما أن ذلك غير ممكن، إلَّا أن يتقدم أحدهما على الآخر، واندفع في بيان أقسام علمه بالتقدُّم وعدمه وما قاله صحيح؛ لأنه يستحيل أن يقبضه كلٌّ منهما على التمام دفعة واحدة، وليس النزاع في العقد وحده حتى يمكن فرضه معهما بوكيلين.

وقدم الإمام على الكلام في المسألة أنه إذا أقر المالك بأنه رهن عبده من زيد، ثم بأنه رهنه من عمرو وسلمه إليه، ولم يتعرض في الإقرار للأول للقبض، فيسلم الرهن إلى المقر له الثاني؛ لأنه لم يعترف للأول إلَّا بالرهن، ولو رهن من رجل ولم يقبض ثم رهن من الثاني وأقبض، فيرتفع الرهن الأول، ويتم الثاني. ولو أقر أنه رهن زيدًا وسلمه، ثم أقر أنه رهنه عَمْرًا وسلمه سلم لزيد، وفي غرمه لعمرو قولا الحيلولة القولية.

ولو قال: رهنت عبدي فلانًا من زيد وأقبضته بعد أن كنت رهنته من عمرو وأقبضته، فصَدْرُ الإقرار يقتضي تقديم زيد، ومنتهى الكلام المنعطف على

أوله يقتضي أن يكون المتقدم عَمْرًا، هذا يخرج على قولين في أن الاعتبار في مثل ذلك بأول الإقرار أو بآخر الكلام المتواصل.

فإن قلنا: الاعتبار بآخر الكلام، فالمقر له بالسبق هو المذكور أوَّلًا، وهذا مأخوذ من قول القائل: لفلان عليَّ ألف من ثمن خمر»[1]، وزاد النووي في «الروضة»[2]: «أنه لو قال المدعى عليه: رهنته عند أحدكما ونسيت، حلف على نفي العلم، فإن نكل ردَّت عليهما، فإن حلفا أو نكلا انفسخ العقد على المذهب الذي قطع به الجماهير في الطرق، ونقله الإمام وغيره عن الأصحاب. وخرج وجه أنه لا ينفسخ، بل يفسخه الحاكم، وبهذا الوجه قطع صاحب «الوسيط» وهو شاذ ضعيف، وإن حلف الراهن على نفي العلم تحالفا على الصحيح، كما لو نكل، وفي وجه انتهت الخصومة».

قلت: أما حلفه على نفي العلم وانفساخه عند حلفهما أو نكولهما والوجه بأنه يفسخه الحاكم فقد سبق ذلك كله. وأما قطع صاحب «الوسيط» بأن الحاكم يفسخه، فهو قياس التحالف على قول والعقود التي تعذر[3] إمضاؤها. وأما تحالفهما عند حلف الراهن، فهو الصحيح عند الإمام، والغزالي، والمشهور أنه بالحلف تنتهي الخصومة، فلعلّ النووي أخذ التصحيح من «الوسيط» ولكنا قدمنا أنه المختار.



(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٦٤ - ٢٦٥).

(٢) (٤/ ١١٦).

(٣) في المخطوطة: «يعتذر»، والأقرب ما أثبتناه.

فرع لو ادعى رجل على رجلين أنهما رهناه عبدهما بمائة وأقبضاه، فأنكراه - الرهن أو الرهن والدَّين جميعًا؛ فالقول قولهما مع اليمين، وإن صدقه أحدهما فنصيبه رهن بخمسين، والقول [٢/٢٠٩ب] قول المكذب في نصيبه مع يمينه؛ فلو شهد المصدق للمدعي على شريكه المكذب قبلت شهادته.

فإن شهد معه آخر أو حلف المدعي ثبت رهن الجميع، ولو زعم كل منهما أنه ما رهن نصيبه وأن شريكه رهن وشهد عليه، فوجهان، ويقال: قولان؛ **أحدهما**: لا تقبل شهادته؛ لأن كل واحد يزعم أن صاحبه كاذب ظالم بالجحود، وطعن المشهود له في الشاهد يمنع قبول شهادته له.

وأصحهما: تقبل، وبه قال الأكثرون؛ لأنهما ربما نسيا، وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق.

ولهذا لو تخاصم رجلان في شيء، ثم شهدا في حادثة قبلت شهادتهما، وإن كان أحدهما كاذبًا في ذلك التخاصم، كذا قال الرافعي[(١)]، ولك أن تقول: الكذبة الواحدة لا تفسق إذا لم تكن جحدًا لحقٍّ واجب، ولا دعوى لما لم يجب، أما إذا كانت كذلك، فينبغي أن تكون مفسقة.

نعم، ها هنا مخلص آخر وهو احتمال ألا يكون متعمدًا؛ لأنه يحتمل شبهة عرضت له إما نسيان وإما غيره حملته على الإنكار، **فإذا قلنا**: تقبل شهادته، فإذا حلف مع كل منهما أو أقام شاهدًا آخر ثبت رهن الكل، وعن أبي الحسين بن القطان أن الذي شهد أولًا تقبل شهادته دون الذي شهد آخرًا؛ لأنه انتهض خصمًا منتقمًا[(٢)].

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٠).

(٢) انظر المصدر السابق.

فرع ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما في عقد واحد عبدًا وأقبضهما إياه، فإن صدقهما أو كذبهما لم يَخْفَ الحكم، وإن صدق أحدهما، فنصف العبد مرهون عنده، ويحلف للآخر. وهل تقبل شهادة المصدق، «قال ابن كَجٍّ: نعم. وقال آخرون: لا. وحكى الإمام والغزالي **وجهين** بناء على الشريكين إذا ادعيا حقًّا أو ملكًا بابتياع أو غيره، فصدق، **أحدهما**: هل يستبد بالنصف أو يشاركه الآخر فيه؟ **وفيه وجهان**؛ إن قلنا: يستبد قبلت، وإلَّا فلا؛ لأنه متهم»[1].

قال الرافعي: «الذي ينبغي أن يفتى به: القبول إن كانت الحال لا تقتضي الشركة، والمنع إن اقتضت؛ لأنه متهم، وقال البغوي: إن لم ينكر إلَّا الرهن قبل، وإن أنكر الرهن والدين، فحينئذ يفرق بين دعواهما الإرث وغيره، قال الرافعي: ولك أن تقول: كما أن الاستحقاق في الدين يثبت بالإرث تارة وبغيره أخرى؛ فلذلك استحقاق الرهن، فليجر التفصيل، وإن لم ينكر إلَّا الرهن»[2].

قال ابن الرفعة: والخلاف الذي بني عليه الخلاف في قبول الشهادة قد يقال: إنه ينبني على أنه إذا رهن عبده من رجلين ثم وفى أحدهما نصيبه، هل ينفك من الرهن شيء أو لا ينفك؟ حتى تقضى نصيب الراهن من الدين إذا كان دينهما ثبت عن جهة واحدة، والمذهب الانفكاك، فإن قلنا به لم يشارك، وإلَّا شارك.



(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٠) بمعناه.

(٢) انظر المصدر السابق بمعناه.

«فرع منصوص عليه في رواية الربيع:

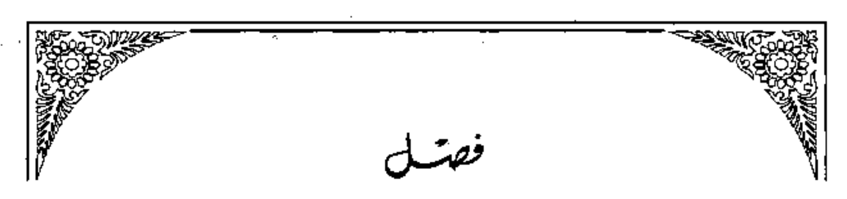
ادعى زيد وعمرو على ابني بكر أنهما رهنا عبدهما المشترك بينهما بمائة فصدقا أحد المدعيين ثبت ما ادعاه وكان له على كل واحد منهما ربع المائة ونصف نصيب كل واحد منهما مرهون به، وإن صدق أحد الاثنين زيدًا، والآخر عَمْرًا ثبت الرهن في نصف العبد لكل واحد [١٢/٢١٠] من المدعيين في ربعه بربع المائة؛ لأن كل واحد منهما يدعي على الابنين نصف العبد ولم يصدقه إلَّا أحدهما.

ثم لو شهد أحد الاثنين على الآخر قبلت شهادته، ولو شهد أحد المدعيين للآخر، فعلى ما ذكرنا في الفرع الذي قبله، والمسألة ظاهرة في المعنى، لكن في فهمها وتصوُّرها تعقيد، عن ابن سريج قال: ما انتهيت إليها إلَّا احتجت إلى الفكرة حتى أثبتها على حاشية الكتاب»[١].



(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٥٣٠ - ٥٣١).

قال:



فصل

[في الإقرار بجناية المرهون]

وإن رهن عبدًا فأقبضه، ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل، وصدقه المقر له، وأنكر المرتهن، ففيه قولان؛ أحدهما: أن القول قول المرتهن، وهو اختيار المزني؛ لأنه عقد إذا تم منع البيع، فمنع الإقرار كالبيع.

والثاني: أن القول قول الراهن؛ لأنه أقر في ملكه بما لا يجر إلى نفسه نفعًا، فقبل إقراره، كما لو لم يكن مرهونًا، ويخالف هذا إذا باعه؛ لأن هناك زال ملكه عن العبد فلا يقبل إقراره عليه، وهذا باق على ملكه فقبل إقراره عليه.



الشرح

القولان منصوصان في «المختصر»، وأصحهما عند الأصحاب: أن القول قول المرتهن، وبه قال المزني وأبو حنيفة[1]، وهو الذي ينهض الدليل به، لما في قول الراهن من إبطال حق المرتهن، وقد يتواطأ هو ومدعي الجناية، وتصحيح ابن أبي عصرون أن القول قول الراهن لا يلتفت إليه.

وشبهوا القولين بالقولين فيما إذا أقر العبد بسرقة مال، ونفذناه في القطع، هل ينفذ في المال وبناهما الشيخ أبو محمد عليهما، والأصح عدم

(١) انظر: فتح العزيز (٤/٥٣٦).

تنفيذه بالنسبة إلى السيد، فهو موافق للأصح هنا، على أن تنفيذه من العبد أولى من تنفيذ إقرار الراهن؛ لأن شفقة العبد على نفسه أوفى من شفقة سيده عليه فتضعف تهمة المواطأة في الإقرار بالسرقة.

نعم، تنفيذه من الراهن أولى من جهة أخرى، وهي أن الراهن يقر في ملكه بخلاف العبد، فهو يشبه إقرار المحجور عليه بالفلس، والأصح فيه القبول؛ ولذلك صرح القاضي أبو الطيب بأن القولين في المفلس هما القولان في الراهن، وهذا يعضد ابن أبي عصرون في تصحيحه هنا القبول؛ لأنه الصحيح هناك لكن الجمهور على خلافه.

ولعل الفرق أن الراهن حجر على نفسه فإقراره بعد ذلك مناقض لقوله: نعم، لو كان رهن عليه وكيله الذي وكله في رهن ما شاء من أمواله، ثم أقر المالك، فينبغي أن يكون كالمفلس وأولى بالقبول.

ودليل الأولوية: أن إعتاق المفلس لم يجعلوه كإعتاق الراهن.

ومحل القولين: إذا قلنا: رهن الجاني لا يصح - وهو الأصح - أما إذا قلنا بصحته، فعن بعض الأصحاب: أنه يقبل إقراره لا محالة حتى يغرم للمجني عليه ويستمر الرهن.

وقال آخرون: يطرد فيه القولان.

ووجه عدم القبول: أنه يخل بلزوم الرهن؛ لأن المجني عليه يبيع المرهون لو عجز عن تغريم الراهن، وينبغي أن يكون هذا أصح، وسيأتي في تفريع المصنف ما يشهد له، ويجري القولان فيما لو قال: كنت قبل الرهن غصبته أو اشتريته شراء فاسدًا أو بعته أو وهبته وأقبضته أو أعتقته وفي الإقرار بالعتق أنه إن كان موسرًا يعذر وإلَّا فلا؛ تنزيلًا للإقرار بالإعتاق منزلة إنشائه.

ونقل إمام الحرمين هذا القول الفارق في الصور كلها وجعلها [٢١٠/٦ب] على

ثلاثة أقوال[١]، وتابعه الغزالي[٢]. لكن العتق وبقية الصور **يفترقان في شيئين؛ أحدهما**: أن في الإقرار بالعتق لا حاجة لتصديق العبد ودعواه وسائر الصور تحتاج إلى تصديق المقر له ودعواه، والدعوى تكون على الراهن؛ لأنه المالك الثاني أنا إذا لم ننفذ عتق الراهن وانفك الرهن لا نحكم بنفوذه على الأصح عند جمهور الأصحاب، وهنا إذا انفك يحكم بتعلُّق الأرش بالرقبة.

وكذا يحكم بالعتق إذا كان قد أقر به، فهنا يخالف الإقرار بالعتق إنشاءه حيث نفذنا الإقرار به بعد الانفكاك ولم ننفذ إنشاءه بعد الانفكاك، والأصل في هذا ما قاله الإمام: «أن أصل الإقرار مقبول من السيد بلا خلاف فيه»[٣]، وإنما الخلاف في قبوله بالنسبة إلى المرتهن، ويجري القولان أيضًا فيما لو أجر عبده ثم أقر أنه كان جنى قبل الإجارة وقلنا: لا تجوز إجارة الجاني أو أقر أنه كان أعتقه قبل الإجارة أو غصبه.

وكلام الغزالي يقتضي جريان الوجه الثالث أيضًا، قال ابن الرفعة: وفيه نظر من جهة أنا إذا قبلنا إقراره أبطلنا حق المستأجر من العين، وذلك يبطل الإجارة؛ إذ قيمة المنفعة لا تقوم مقام المنفعة في هذا الموطن بخلاف قيمة المرهون ولو كاتبه ثم أقر بما لا تصح معه الكتابة أجرى ابن كج الخلاف فيه، وقال الشيخ أبو حامد: «لا يقبل بحال؛ لأن المكاتب بمنزلة من زال الملك عنه»[٤]، ولو باع عبدًا ثم أقر أنه كان غصبه أو باعه أو اشتراه شراء فاسدًا لم يلتفت إلى قوله؛ لأنه إقرار في ملك غيره.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٣٧ - ١٣٨).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٢٧).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٣٩).

(٤) فتح العزيز (٤/ ٥٤٠).

وعن بعض الأصحاب إجراء خلاف فيه، والمذهب الأول، وحينئذ يكون القول قول المشتري، فإن نكل فالرد على المقر المدعي أو على البائع، حكى ابن كَجٍّ فيه قولين، ولو أقر بالعتق وقلنا: لا يقبل، فالمذهب والمنصوص: أنه يجعل كإنشاء الإعتاق، وفيه الأقوال؛ لأن من ملك إنشاء أمر قبل إقراره به.

ونقل الإمام في نفوذه وجهين[1] مع قولنا: ينفذ الإنشاء، وقول المصنف: جنى على رجل يشمل جناية العمد الموجبة للقصاص والجناية الموجبة للمال، والحكم في الصورتين سواء، وكذا في إتلاف مال.

وقوله: قبل الرهن - يعني قبل الرهن أو قبل لزومه بالقبض - لا فرق بينهما.

وقوله: وصدقه المقر له: احتراز مما إذا لم يصدقه، ولم يدّع ذلك، أو كان إقراره لرجل مبهم من غير تعيين، ففي هاتين الصورتين الرهن مستمر بحاله، وإنما الكلام إذا عينه وادعاه المجني عليه.

وقوله: وأنكر المرتهن، قيد آخر لجريان الخلاف؛ لأنه لو اعترف وصدقه ثبتت الجناية ولم يذكر تصديق العبد؛ لأنه لا حاجة إليه في شيء من الصور لا في جناية ولا في غيرها.

نعم، لو كان الإقرار بجناية توجب القصاص، لم يكن بدٌّ من تصديقه لإثبات القصاص والمصنف إنما أراد الكلام فيما يتعلق بالرهن والمرتهن، فلو عفا عنها على مال قبل تصديق العبد كانت على القولين كما لو كانت توجب المال ابتداء، وتفصيل إقرار العبد مذكور في الإقرار ونذكر منه هنا ما لا بد منه فنقول:

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٣٩).

إذا أقر العبد بجناية صدرت منه قبل [٢/٢١١] الرهن، فإن لم يصدقه السيد وكانت موجبة للمال فقط، فإقراره لَغْوٌ بالنسبة إلى السيد والمرتهن، وهل يلغى بالنسبة إلى نفسه حتى إذا عتق لا يطالب؟ قال الرافعي في غير هذا الموضع: إنه لا يُلغى[١]، **وإن قلنا**: إن السيد لو اعترف بالجناية أو قامت عليها بينة لا يثبت الأرش متعلقًا بذمته.

قال ابن الرفعة: وتكلمت عليه في موضعه، وإن صدقه السيد قبل في حقه، وفي حق المرتهن قولان، قال القاضي حسين: كما هما في قبول إقرار السيد بجنايته قبل رهنه، وإن أقر بما يوجب القصاص صدر منه قبل الرهن قبل، فإن عفا وليُّ الدم على مال ثبت وتعلق برقبته، إن قلنا: موجب العمد القود، وكذا إن قلنا: موجبه أحد الأمرين في الأصح، وتقدم على حق المرتهن.

ولا فرق في إقرار العبد بالجناية بين أن تكون الجناية على السيد أو على من هو تحت ولايته، أو على أجنبي فيما يوجب القصاص يقبل، وله العفو على مال، ويقدم به على المرتهن، وفيما يوجب المال لا يقبل خطأً كان أو عمدًا لا يوجب قصاصًا، كقتل المسلم للكافر، والهاشمة ونحوها، أو قتل الأب الابن.



(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٦).

قال:

فإن قلنا: القول قول الراهن، فهل يحلف؟ فيه قولان؛ أحدهما: لا يحلف؛ لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذبًا والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه، فلا معنى لعرض اليمين عليه، ولأنه لو أقر في ملكه لغيره فلم يحلف عليه كالمريض إذا أقر بدين.

والثاني: يُحَلَّف؛ لأنه يحتمل أن يكون كاذبًا، بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن فحلِّف.



نقلهما أكثر العراقيين، وصاحبا «التهذيب»[1] و«التتمة» قولين كالمصنف، ونقلهما الإمام[2]، والغزالي[3] وجهين، وقال ابن الصباغ: من أصحابنا من يقول: فيه قولان، ومنهم من يقول: وجهان. وقال سُليم: ظاهر كلامه - يعني الشافعي - في هذه المسألة أن القول قوله بلا يمين، ونص في نظائر لها أن القول قوله مع يمينه، فخرجت المسألة على قولين. انتهى.

قال ابن الصباغ: واختار الشيخ أبو حامد أن عليه اليمين، قال: ونص الشافعي على ذلك.

وقال القاضي أبو الطيب: لا يمين عليه، وجماعة صححوا أن عليه اليمين كما صححه الشيخ أبو حامد - وهو الصحيح - منهم ابن أبي عصرون،

(١) التهذيب (٤/ ٣٦).
(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٤٣).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٢٨).

وعلى هذا يحلف على البتِّ؛ لأنه حلف على الإثبات، وسواء قلنا: لا يحلف أو يحلف فحلف ثبتت الجناية، وسيذكر المصنف حكمه.

وإن نكل حلف المرتهن؛ لأنا إنما حلفنا الراهن لحقه، فالرد يكون عليه، وفائدة حلفه **فيه قولان؛ أصحهما**: تقرير الرهن في العبد على قياس الخصومات.

والثاني: أن فائدته أن يغرم الراهن قيمته؛ لتكون رهنًا مكانه، ويباع العبد في الجناية بإقرار الراهن.

فإن قلنا بالأول، فهل يغرم الراهن للمقر له فيه قولًا للحيلولة؟

وإن قلنا بالثاني، فهل للمرتهن الخيار في فسخ البيع؟ **وجهان؛ أصحهما**: نعم؛ لفوات العين المشروطة.

والثاني: لا؛ لحصول الوثيقة بالقيمة، وإن نكل المرتهن بيع العبد في الجناية ولا خيار له في فسخ البيع ولا غُرْم على الراهن.



قال:

وإذا ثبت أنه رهنه وهو جانٍ ففي رهن الجاني [٢/٢١١ب] قولان؛ أحدهما: أنه باطل. والثاني: أنه صحيح، وقد بينا ذلك في أول الرهن.
فإن قلنا: إنه باطل؛ وجب بيعه في أرش الجناية، فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش، وفي الباقي وجهان؛ أحدهما: أنه مرهون؛ لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجني عليه، وقد زال، والثاني: أنه لا يكون مرهونًا؛ لأنا حكمنا ببطلان الرهن من أصله، فلا يصير مرهونًا من غير عقد.
فإن قلنا: [إنه][1] صحيح فإن استغرق الأرش قيمته بيع الجميع، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الأرش، ويكون الباقي مرهونًا.
فإن اختار السيد أن يفديه على هذا القول فبكم يفديه؟ فيه قولان؛ أحدهما: يفديه بأقل الأمرين من قيمته [وأرش][2] الجناية.
والثاني: يفديه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ، أو يسلم [إلى البيع][3].



الشرح

أي: إذا قبلنا قول الراهن بلا يمين أو بيمين فحلف، وبهذا تثبت جنايته، وفي رهن الجاني **قولان** - كما سبق - **أصحهما**: البطلان، وفي هذا إشارة إلى جريان القولين في قبول قول الراهن، سواء أصححنا رهن الجاني أم منعناه، كما قدمناه عن بعض الأصحاب. وهو الظاهر.

وتفريع المصنف هذا على القولين يشهد له بخلاف الغزالي والرافعي لم

---

(١) زيادة من المطبوع من المهذب.
(٢) في المطبوع: «أو أرش».
(٣) في المطبوع: «المبيع».

يلاحظا في التفريع قول الصحة، وما حكاه المصنف على قول البطلان من الوجهين، حكاهما المحاملي وغيره.

وصحح ابن أبي عصرون والرافعي الثاني، وهو أنه لا يكون رهنًا إلَّا أن يستأنف العقد عليه، واستدل له المحاملي بالقياس على ما لو رهن جانيًا أرش الجناية أقل من قيمته.

ولا شك أن هذا هو الصحيح تفريعًا على هذا القول، وصحح الجرجاني في «الشافي» الأول أن الباقي رهن وهو بعيد، **وإذا قلنا**: رهن الجاني صحيح فلا يباع منه إلَّا بقدر الأرش إلَّا ألّا يُمكن كما سبق، والزائد على قدر الأرش مرهون، والقولان في أنه: هل يفديه بأقل الأمرين أو بأرش الجناية بالغًا ما بلغ، ذكرهما المصنف في باب العاقلة، والأول هو الصحيح الجديد، والثاني منسوب إلى القديم.

وصحح ابن أبي عصرون في «الانتصار» هناك، وهنا أنه يفديه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ، والذي صححه الجمهور أنه يفديه بأقلِّ الأمرين، وسواء قلنا: الرهن باطل أم صحيح، فللمرتهن الخيار في فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن، أما إذا قلنا بالبطلان، فظاهر لعدم حصول ما شرط، وأما إذا قلنا بالصحة، فلعدم لزومه؛ لأن المجني عليه يتبعه، ولو نكل الراهن ونكل المرتهن، فقد سبق أنه لا خيار له، ولا غرم، ويباع العبد في الجناية.

فهذه الصورة ملحقة بثبوت الجناية من جهة البيع خاصة، والقياس أن يعود فيها الوجهان في أنه هل يباع جميعه أو بعضه، وهل يفديه بالأقل أو بالأرش؟ ولو نكل الراهن وحلف المرتهن تقدم حكمه، ولو ثبتت الجناية بالبينة، فلا إشكال في ثبوت جميع أحكامها.

قال:

وإن قلنا: القول قول المرتهن لم يقبل قوله من غير يمين؛ لأنه لو رجع قبل رجوعه، فحلف فإذا ثبت أنه غير جانٍ، فهل يغرم الراهن أرش الجناية؟ فيه قولان بناءً على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو أحدهما: يغرم؛ لأنه منع بالرهن حق المجني عليه، والثاني: لا يغرم؛ لأنه إن كان كاذبًا فلا حق عليه، وإن كان صادقًا وجب تسليم العبد.



الشرح

يحلف المرتهن على نفي العلم بالجناية، فإذا حلف ثبت أن العبد غير جانٍ في حق المرتهن، فيبقى في يده، وهل يغرم الراهن الأرش، فيه قولَا الحيلولة، **والصحيح**: الغرم.

وقول الثاني: وإن كان صادقًا وجب تسليم العبد.

قلنا: نعم، ولكن هو حال بالرهن بينه وبينه، فيغرم قيمته كما لو قتله، والتغريم اختيار المُزني، وقد حكى الربيع قول التغريم عند إقراره بالغصب قبل الرهن ونحوه تفريعًا على أنه لا يقبل إقراره، وقال الربيع: إنه أصح القولين. فإذا قلنا: [٢/٢١٢] ⇑ يغرم، طولب في الحال إن كان موسرًا، وإن كان مُعسرًا فإذا أيسر.



قال:

فإن قلنا: إنه لا يغرم فرجع إليه تعلق الأرش برقبته، كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده، ثم ملك العبد، فإنه يعتق عليه، وإن قلنا: يغرم فكم يغرم؟ فيه طريقان: من أصحابنا من قال: فيه قولان، كالقسم قبله، ومنهم من قال: يغرم أقل الأمرين قولًا واحدًا؛ لأن القول الثاني إنما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه، فيمتنع، وهاهنا لا يمكن بيعه، فصار كجناية أم الولد.



تعلق الأرش عند رجوعه هو مقتضى إقراره سواء انفك الرهن أم بيع ثم رجع، **والطريقان في كيفية التغريم مشهوران، وأصحهما**: طريقة القطع، نص الشافعي على أنه يغرم الأقل، ولم يذكر غيره، وبه قال الأكثرون، وفيهم أبو الحسين.

وطريقة القولين قالها أبو إسحاق، وطائفة مع قول أبي إسحاق: إن أصح القولين غرامة الأقل.

قال ابن الصباغ: ويمكن من قال بالطريق الأول أن يجيب عن القياس على أم الولد بأنه منع من بيعها قبل الجناية، وهذا منع من بيعه بالرهن بعد أن كان يمكن بيعه في الجناية.



قال:

وإن نكل المرتهن عن اليمين، [فهل][1] ترد اليمين؟ فيه طريقان: أحدهما: ترد على الراهن وإن نكل، فهل ترد على المجني عليه؟ فيه قولان كما قلنا في غرماء الميت، ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على المجني عليه أولًا، فإن نكل فهل ترد على الراهن؟ على قولين؛ لأن المجني عليه ثبت الحق لنفسه، وغرماء الميت يثبتون الحق للميت.

الشرح

هكذا رأيته في النسخ فهل ترد؟ وصوابه، فعلى مَن ترد؟ وعبر بالطريقين هنا عن الوجهين **وأصحهما**: الثاني، وهو أنها ترد على المجني عليه أولًا، وفي «تجريد المحاملي» وغيره أنه المنصوص عليه في «الأم»؛ لأن الحق له والراهن لا يدعي لنفسه شيئًا، ومستند الأول أن الراهن هو المالك للعبد والخصومة تجري بينه وبين المرتهن، ومنهم من يحكي هذا الخلاف قولين، وبناه الشيخ أبو محمد على أنه لو حلف المرتهن هل يغرم للمجني عليه.

إن قلنا: نعم، ترد على المجني عليه، وسواء أقلنا: ترد على المجني عليه أم على الراهن، فإذا حلف المردود عليه منهما بيع العبد في الجناية، ولا خيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه؛ لأن فواته حصل بنكوله، ثم إن كان يستغرق الواجب قيمته بيع كله وإلَّا فبقدر الأرش، وهل يكون الباقي رهنا؟

---

(١) في المطبوع من المهذب: «فعلى من».

إن قلنا: رهن الجاني صحيح، فالباقي رهن قطعًا.

وإن قلنا: رهن الجاني باطل، ففي الباقي **وجهان؛ أصحهما**: لا؛ لأن اليمين المردودة كالبينة، أو كالإقرار بأنه كان جانيًا في الابتداء، فلا يصح رهن شيء منه.

وإذا رددنا على الراهن فنكل، فهل ترد الآن على المجني عليه؟ قولان على رواية المصنف والأكثرين، ويقال: **وجهان؛ أحدهما**: نعم؛ لأن الحق له.

وأصحهما: لا؛ لأن اليمين لا ترد مرة بعد أخرى، والمصنف وجماعة ألحقوها بِغُرماء الميت، والشيخ أبو محمد ألحقها بغرماء المفلس.

وإذا قلنا بالأصح أنها لا ترد بعد ذلك على المجني عليه، فعلى هذا نكول الراهن كحلف المرتهن في تقرير الرهن، وهل يغرم الراهن للمجني عليه؟ فيه القولان، وإن رددنا على المجني عليه فنكل، قال الشيخ أبو محمد: تسقط دعواه، وانتهت الخصومة، وطرد العراقيون في الرد منه على الراهن الخلاف المذكور في عكسه، كما صرح به المصنف، وإذا لم ترد لا يغرم له الراهن قولًا واحدًا، وتحال الحيلولة على نكوله.

فرع ذكره الرافعي بعدما تقدم:

«لو أقر بجناية يقصر أرشها عن قيمة العبد ومبلغ الدين، فالقبول في مقدار الأرش على الخلاف السابق، ولا يقبل فيما زاد على ذلك لظهور التهمة. وقيل: يطرد الخلاف»[1]. ⇑ [٢/٢١٢ب] هذا كلام الرافعي، وليس فيه زيادة على ما سبق؛ إلَّا أنه يقتضي أن الصحيح أنه لا يقبل في الزائد ويستمر رهنًا،

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٩).

وقد تقدم من كلامه وكلام غيره: أن الصحيح أنه لا يكون رهنًا، اللهم إلَّا أن يفرع على قول رهن الجاني، أو يفرض في الإقرار بجناية طارئة بعد لزوم الرهن، لكن في هاتين الصورتين يكون الزائد رهنا قطعًا.

والرافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ أخذ هذا من الإمام، فإن الإمام قال: «ومما يتعلق بتمهيد أصل الأقوال في إقرار الراهن أنه لو أقر بتعلق أرش يقصر مقداره عن قيمة العبد ومبلغ الدين فالتهمة في ذلك المقدار تنتفي، والأقوال الثلاثة تخرج، ولو قبلنا الإقرار لأبطلنا الرهن في الزائد، والتُّهمة متمكنة فيه، ولأصحابنا في ذلك الزائد طريقان، منهم من قطع برد الإقرار فيه، ومنهم من أجرى الأقوال الثلاثة في الجميع طردًا للباب، وهذا ضعيف، وسنخرج عليه في أثناء الكلام تفريع، وعنده يتبين حاصل القول»(١).

ثم قال الإمام في آخر الكلام: «إذا رأينا قبول إقرار الراهن على قول فساد رهن الجاني، وانتهى الأمر إلى بيع العبد، فلو فضل من ثمنه شيء اختلف أصحابنا في الفاضل، قيل: خارج عن الرهن. وقيل: مرهون، فإن إقرار الراهن إنما يقبل في مقدار الأرش»(٢).

قال: «وهذا يَلتفت على ما أجريناه في أثناء الكلام أن الراهن لو أقر بأرش يقصر عن القيمة، ورأينا قبوله، هل يحكم بانفكاك الرهن في الجميع، أو في قدر الأرش؟ فالقول في الفاضل ملتفت عليه، ولكن على الناظر فضل تدبر، فإن حكمنا بأن الزائد لا ينفك الرهن فيه، فلا وجه لبيعه حتى ينتهي الكلام إلى كونه رهنًا أو لا.

وإن قلنا: الرهن مردود في الجميع، فالمصير إلى أن الفاضل رهن بعيد؛

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٤٠).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٤٦).

فما الوجه في تنزيل الخلاف في الفاضل؟ قال شيخي أبو محمد: نحن وإن قلنا: الجاني لا يصح رهنه، فإذا أقر وقبلناه وفضل من الثمن شيء، فلا نقول بأن الرهن بَطل، ولكن كَأَنَّا قدمنا حق المقر له بالأرش»[1].

قال الإمام: «وهذا بعيد والوجه القطع بأنا نتبين بالإقرار فساد الرهن، فإن كان الأرش أقل نظرنا إلى أن بيع ما زاد على الأرش مردود أو غير مردود؟ ولا مصير إلى تصحيح البيع، ورد الخلاف إلى أن الفاضل رهن أم لا»[2].

وهذا الذي قاله الإمام حق لا مرية فيه، أعني في رد الخلاف إلى أن بيع ما زاد على الأرش مردود أو غير مردود، وقد تقدم من كلامه ما يقتضي ترجيح الطريقة القاطعة بأنه مردود؛ لأنه لم يجر الخلاف في الزائد، بل قال: إنه ضعيف.

ولا جرم جعل الغزالي في «الوسيط» محل الأقوال في الجناية المستغرقة وقال: «إن الصحيح أنه لا يجري إذا لم تكن الجناية مستغرقة؛ لأن التهمة قائمة»[3]، لكن هذا مع قول الرافعي أن الأصح أن الباقي غير مرهون لا يجتمعان، فأخذه هذا الفرع من كلام الإمام والغزالي مسلمًا بعد ذكره ما يناقضه منتقد عليه.

ولا يرد على الإمام والغزالي؛ لأنهما لم يقولا أن الباقي غير رهن، بل بناهُ الإمام عليه، وهو الصواب، وأنت إذا نظرت إلى علة تصديق الراهن من جهة أنه أقر في ملكه، ولم تلتفت إلى احتمال مواطأته غلب على ظنك

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٤٦ - ١٤٧).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٤٦).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٢٨).

ترجيح الطريقة المجرية للخلاف في الزائد لوجود العلة فيه.

ويعلم أن تصحيح الرافعي وغيره لكون الزائد غير مرهون مقدم على قوله في هذا الفرع أنه لا يقبل فيما زاد، بل [١٢/٢١٣] يقبل على القول بتصديق الراهن، ولكن الأصح في أصل المسألة تصديق المرتهن.

فإن قلت: قد نص الشافعي في «الأم»[١] على أنه لو شهد شاهد على الجناية قبل الرهن، وحلف ولي المجني عليه مع شاهده كانت الجناية أولى من الرهن حتى يستوفي المجني عليه جنايته ثم يكون ما فضل من ثمنه رهنًا.

قلت: هذا يتعين أن يكون مفرعًا على صحة رهن الجاني، فحينئذ لا إشكال فيه، أما إذا فرعنا على بطلان رهن الجاني، فلا يكون شيء منه رهنًا؛ كما لو ثبت بشاهدين.

فائدة:

تقدم فيما إذا قلنا: القول قول الراهن بيمين، فنكل، فحلف المرتهن أن في فائدة حلفه **وجهين؛ أصحهما**: تقرير الرهن، وعلى هذا، هل يغرم الراهن القيمة للمقر له؟ وجهان.

والثاني: ينزع ويباع في الجناية، ويغرم الراهن قيمته رهنًا مكانه.

قال ابن الرفعة: من الخلاف في انتزاع العين أو غرامة القيمة ثار الخلاف فيما يظنه في اعتبار يسار الراهن في صحة إقراره وعدمه، ثم قال: فإن قلت: ذاك القول يقتضي إن كان موسرًا تغريمه قيمة الرهن وتسليم العدل في الجناية من غير يمين كما ذاك ظاهر كلام الإمام فلم يكن مادته ما ذكرت.

---

(١) الأم (٣/ ١٦١).

قلت: لا شك أن الخلاف في قبول قول الراهن مطلقًا في حال يساره وعسرته بيمين أو بغير يمين يأتي على القول الثالث، وفارق إعتاق الراهن وإن كان مشبهًا به؛ لأن ذاك إنشاء لا يحتاج إلى التقوية باليمين، وهذا إقرار يحتمل الصدق والكذب فاحتاج إلى تقويته باليمين، وعند حلفه يبعد أن يغرم للمرتهن، وقد أثبت بطلان الرهن بيمينه، وإذا نكل من طريق الأولى.

ولأجل هذا لم يتعرض الأصحاب لذكره فيما عدا العتق، وتعرضوا له في العتق إقامة للإقرار مقام الإنشاء، وإن كان ولا بد من اعتباره في غير العتق، فليكن في حال أفضى الحال فيها إلى غرامة القيمة، فكأن قائله يقول: إذا أفضى إقراره إلى نزع العين من المرتهن، فإن كان معسرًا لم تنزع، وإن كان موسرًا انتزعت.

فرع هذا كله في النزاع في جناية سابقة للرهن أو القبض، أما الجناية المتأخرة عن لزوم الرهن فإذا أقر المرتهن بها ووافقه العبد أو لم يوافقه، لم يقبل قوله على الراهن، بل القول قول الراهن مع يمينه.

وإذا حل الحق بيع في دين المرتهن بأن يطلب الراهن، فيمتنع المرتهن من الإذن، فيأذن الحاكم نيابة عنه، أمّا طلب المرتهن فيظهر أنه ممتنع لإقراره بأن حق المجني عليه مقدم عليه، فإذا بيع ألزم المرتهن بأخذ دينه من ثمنه، أو الإبراء كما في نظائره، وإذا أخذه لم يلزمه تسليمه إلى المجني عليه، وليس للمجني عليه مطالبته به بحكم إقراره السابق.

كذا قاله صاحب «التقريب»، وادعى الإجماع عليه، وتلقاه الأصحاب عنه واحتجوا بأن العبد إن لم يكن جانيًا فلا حق فيه لغير المرتهن، وإن كان جانيًا، فلا يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجني عليه، وإذا لم يصح بيعه

كان الثمن باقيًا على ملك المشتري.

وقال ابن الرفعة: عندي فيه وقفة على قولنا: يصح بيع الجاني بدون إذن، وعلى قولنا: لا يصح بدون إذن، **أما الأول**: ففي دعوى الإجماع على عدم تعلق حق المجني عليه بالثمن، فإن الإمام حكى في كتاب العتق [٢/٢١٣ب] عن الشيخ أبي علي أن الوارث إذا باع التركة وعلى المورث[١] دين صح البيع وتعلق حق الغرماء بالثمن، وهذا لا يمكن أن يصار إليه على قولنا: تعلق الدين بالتركة تعلق رهن؛ فتعين أن يكون على قولنا: إنه كتعلق جناية، وحينئذ طرده في كل عبد جنى، ومنه ما نحن فيه، وتنتفي صحة دعوى الإجماع فيما نظنه.

وأما الثاني: فلأن حق المجني عليه متعلق برقبة العبد، وقد وضع المشتري يده عليه بغير حق بزعم المرتهن، وهي حائلة بين المرتهن وحقه، فله أن يأخذ من ماله بطريق الظفر، قدر قيمته؛ لأجل الحيلولة؛ لأن حقه متعلق بالقيمة المأخوذة للحيلولة إذا غصب المرهون وتعذر رده، فكذلك هاهنا، والثمن مال المشتري، والمرتهن معترف بأنه باقٍ على ملك المشتري، وكذلك المجني عليه، فاقتضى لك تسليط المجني عليه على أخذ قدر أرش جنايته منه بطريق الظفر لا بطريق وفاء الحق، وستعرف مثل ذلك للأصحاب في كتاب الضمان والحوالة إن شاء الله تعالى.

قلت: والذي قاله صاحب «التقريب» قد رأيته مَنصوصًا في «الأم»[٢] في الرهن الكبير في باب إقرار العبد المرهون بالجناية، قال: «وإذا أقر العبد المرهون على نفسه بأنه جنى جناية خطأ على غير سيده وصدقه المرتهن

---

(١) في الهامش: كذا: الوارث.

(٢) الأم (٣/ ١٨٢).

وكذبه مالك العبد، فالقول قول مالك العبد مع يمينه، والعبد مرهون بحاله. وإذا بيع بالرهن لم يحكم على المرتهن بأن يعطي ثمنه ولا شيئًا منه للمجني عليه، وإن كان في إقراره أنه أحق بثمن العبد منه؛ لأن إقراره بجمع معنيين؛ **أحدهما**: أنه أقر به في مال غيره.

والآخر: أنه إنما أقر للمجني عليه بشيء إذا ثبت له، فماله ليس في ذمة الراهن، فلما سقط أن يكون ماله في ذمة الراهن دون العبد سقط عنه الحكم بإخراج ثمن العبد من يديه، والورع للمرتهن أن يدفع من ثمنه إلى المجني عليه قدر أرش الجناية، وإن جحده حل له أن يأخذ أرش ذلك من ثمن العبد، ولا يأخذه إن قدر من مال الراهن غير ثمن العبد، وهكذا لو أنكر العبد الجناية وسيده وأقر بها المرتهن.

ولو ادعى المرتهن أن العبد المرهون جنى عليه جناية خطأ، وأقر العبد وأنكر الراهن كان القول قوله، ولم يخرج العبد من الرهن، وحل للمرتهن أخذ حقه في الرهن من وجهين من أصل الحق، والجناية إن كان يعلمه صادقًا، ولو ادعى الجناية على العبد المرهون خطأ لابن هو له وليه وحده أو معه فيه ولي غيره، وأقر العبد وأنكر السيد فالقول قول السيد، والعبد مرهون بحاله، وهي كالمسألة في دعوى الأجنبي على العبد الجناية خطأ، وإقرار العبد والمرتهن لها، وتكذيب المالك له»، هذا كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، والإيراد الذي قاله ابن الرفعة قوي يحتاج إلى جواب.

فرع لو أقر بها الراهن وأنكر المرتهن، قال الرافعي: «القول قول المرتهن؛ لأن الأصل عدم الجناية وبقاء الرهن وإذا بيع في الدين؛ فلا شيء للمقر له على الراهن؛ لأن الراهن لا يغرم جناية المرهون، ولم

يتلف بالرهن شيئًا للمقر له، لكون الرهن سابقًا على الجناية، وليس كما لو أقر بجناية أم ولد [٧/٢١٤] ⇑ حيث يغرم للمقر لهن، وإن سبق الاستيلاد الجناية؛ لأن السيد يغرم جناية أم الولد.

وذكر القاضي ابن كج وجهًا آخر: أنه يقبل إقرار الراهن، ويباع العبد في الجناية، ويغرم الراهن للمرتهن»[١]، هذا ما ذكره الرافعي في هذا الفرع، وقال الغزالي في «الوسيط»: أن فيه الأقوال الثلاثة التي في إقراره بجناية سابقة على الرهن، ولم يصرح بذلك غيره.

لكن في كلام القاضي حسين شيء منه؛ فإنه قال: إن العبد المرهون إذا أقر بجناية صدرت منه بعد الرهن مُوجبة للمال وصدقه السيد أنه **يحتمل وجهين؛ أحدهما**: يكون فيه القولان في إقرار العبد بجنايته قبل الرهن، وتصديق السيد له.

والثاني: يقبل في الحال. انتهى.

ومن ذلك يُعلم أن قبول قول الراهن هنا أولى من قبول قوله في جناية صدرت قبل الرهن، وذلك يلتفت على أن رهن الجاني صحيح أو باطل.

فإن قلنا: باطل، فلا شك أن قبول قوله فيما بعد الرهن أولى منه فيما قبله لعدم مناقضته لما سبق منه.

وإن قلنا: صحيح، فهما سواء.

ومن ذلك يخرج **طريقان؛ إحداهما**: القطع بالقبول.

والثانية: التخريج على القولين، والأصح على كل حال عدم القبول، وإذا قلنا به، فلا غرم في هذه الحالة قطعًا، بخلافه إذا أقر بجناية متقدمة

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٣٥ - ٥٣٦).

حيث قلنا: يغرم للمقر له على الأصح؛ لأن الحيلولة هناك بالرهن وهنا الرهن سابق.

وإذا قلنا بالقبول: فقياس ما سبق أن يأتي الخلاف في تحليفه، وحيث قبلنا قوله بيع في الجناية، وهل يغرم للمرتهن؟ سبق عن ابن كج أنه يغرم.

قال ابن الرفعة: والأشبه أن يقال: **إن قلنا**: قبول إقراره مفرع على قبول إقراره بجناية قبل الرهن من غير أولوية، فيجب عليه الغرم إلحاقًا لتفويت دوام اليد بتفويت أصل الرهن كما لأجل ذلك سوينا بين الصورتين في قبول الإقرار وعدمه.

وإن قلنا: قبول إقراره هنا يقول به مع القول بأنه لا يقبل إقراره بجناية قبل الرهن، لأجل عدم المناقضة بين الإقرار وما سلف. ولم يقم لمناقضة الإقرار بالجناية للازم الرهن المتقدم والإقباض وزنًا فهاهنا يظهر ما إذا قبلنا إقراره لا يغرم للمرتهن شيئًا.

قلت: والأظهر أنه لا يغرم للمرتهن شيئًا مطلقًا، سواء خَرَّجناه على الإقرار بجناية سابقة أم لا، فإنّا إذا قبلنا إقرار الراهن بجناية سابقة بيمين أو بغير يمين لم يقل أحد أنه يغرم للمرتهن شيئًا، وإنما قالوا ذلك إذا نكل فحلف المرتهن على وجه ضعيف؛ لأن اليمين المَرْدودة من المرتهن على عدم الجناية كإقرار الراهن بعدمها، وأنه كاذب في إقراره بها أو لا، وقد انتزعنا العين فيغرم للمرتهن بمقتضى إقراره الآن الموجود في ضمن اليمين المردودة إن انتزاعها ظلم، فأين هذا من تغريمه له إذا لم تجر مناقضة في الإقرار، ولم يرد على الإقرار بجناية، فهذا الذي أشار إليه ابن الرفعة من تغريم الراهن للمرتهن على تقدير قبول قوله في الإقرار بجناية سابقة لم يقله أحد من الأصحاب.

وأما بجناية طارئة، فقد قاله ابن كج، ولا أدري ما وجهه، فإن الراهن إن كان صادقًا في إقراره فالرهن مستحق البيع في الجناية، ولا يستحق المرتهن قيمته، وإن كان كاذبًا فالمرتهن يستحق دوام يده على عينه، ولا يستحق قيمته فالقيمة غير مستحقة قطعًا ⇑ [٢/٢١٤ب] وانتزاع العين قد قبلنا قوله فيه تفريعًا على هذا القول، فما وجه التغريم.

وينبغي أن يُحمل هذا المنقول عن ابن كج على ما إذا نكل الراهن عن اليمين، وردت على المرتهن، فحلف وانتزعت العين منه كما هو أحد الوجهين في الإقرار بجناية سابقة، فإنه يغرم على ذلك الوجه، ولا محمل عندي لهذا المحكي عن ابن كج غير هذا.

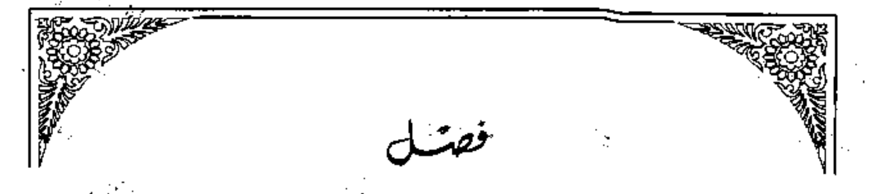
ولو قيل: إن ما أخذه أنه بإقراره قاطع للرهن مفوت له فيغرمه كما لو قتله للزم أن يطرد هذا فيما إذا أقر بجناية سابقة ولم يقبل به أحد.

فرع إذا ادعيت جناية العبد، وأنكر الراهن والمرتهن، فالحلف يتوجه أولًا على الراهن؛ لأنه الذي يتوجه عليه الدعوى، فإن أنكر وحلف دام الرهن، وإن نكل قال الماوردي: «هل يرد على المرتهن أو على المجني عليه؟ على قولين مبنيين على القولين في غرماء المُفلس، فإن ردت على المجني عليه فحَلِف؛ حُكِم له بالأرش، فإن كانت دعواه بجناية سابقة على الرهن بطل الرهن، بناء على أن رهن الجاني لا يصح، وإلَّا فلا يبطل حتى لو بقي منه بعد الأرش شيء كان مرهونًا، وإن ردت على المرتهن فحلف استقر الرهن، وإن نكل ردت على المجني عليه، فإن حلف كان الحكم كما تقدم وإلَّا دام الرهن»(١).

---

(١) الحاوي الكبير (٦/ ٩٥ - ٩٦) بمعناه.

قال:



فصل

[في الاختلاف في عتق العبد المرهون]

وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال: أعتقتُه بإذنك، وأنكر المرتهن إذنه، فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الإذن، وإن نكل عن اليمين حلف الراهن، وإن نكل الراهن فهل ترد على العبد؟ فيه طريقان: أحدهما: أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت، قال في الجديد: لا يرد؛ لأنه غير المتراهنين فلا يرد عليه اليمين، وقال في القديم: يرد؛ لأنه يثبت لِنَفْسه حقًّا باليمين، ومن أصحابنا من قال: ترد اليمين على العبد قولًا واحدًا؛ لأن العبد يُثْبِت باليمين حقًّا لنفسه، وهو العتق بخلاف غرماء الميت.

الشَّرْحُ

قال ابن أبي عصرون: الأصح الطريقة الثانية، أنها ترد على العبد قولًا واحدًا.

وقال في «البيان»: «إنه المنصوص»[1]، وهكذا الحكم لو أحبل الجارية وادعى أنه بالإذن، قال في «البيان»[2]: «فإن حلف الراهن أو الجارية أو العبد إذا قلنا: يَحْلِفان؛ ثبت العتق والاستيلاد، وبطل الرهن قولًا واحدًا،

(١) البيان (٦/ ١٢٨).

(٢) انظر المصدر السابق بمعناه.

وإن لم يحلف واحد منهم فهو كما لو أعتقها أو أحبلها بغير إذن، وقد مضى». انتهى.

وقد قطع المصنف في هذا الفصل بأن القول قول المرتهن، وقدمنا خلافًا أن الإقرار بجناية طارئة كالإقرار بجناية سابقة، وفي الإقرار بعتق سابق أو استيلاد خلاف كالجناية السابقة، فيحتمل أن يأتي هنا مثله؛ لأنه أقر بعتق صحيح، ويحتمل أن يمنع؛ لأنه يدعي إذنًا من المرتهن والقول قوله فيه، وهذا هو الظاهر.

واعلم أنني أَوْردت في بعض الدروس من نحو عشرين سنة على كلام المصنف في هذا الفصل وقطعه بتحليف الراهن عند نكول المرتهن، فقلت: هلا جرى فيه الخلاف في المسألة قبلها في جناية العبد إذا نكل المرتهن هل يرد على الراهن أو المجني عليه؟

وقد علل المصنف هناك ردها على المجني عليه ابتداء على أحد الطريقين[1] بما علل به هنا ردها على العبد بعد نكول الراهن في الطريقة الثانية القاطعة، وهو كونه يثبت الحق لنفسه، وتلخيص [٢/٢١٥أ] السؤال: أنه لم لا جري هنا طريقة أنها ترد على العبد ابتداء، وأيضًا هناك إذا قلنا بردها على الراهن فنكل، هل ترد على المجني عليه؟ **قولان** كغرماء الميت، وهنا طريقان فلم لا جرت الطريقة القاطعة هناك، وكل من المجني عليه والعبد يثبت الحق لنفسه.

وأجيب عن عدم الرد على العبد ابتداء: بأن الدعوى هنا بالإذن في العتق والراهن هو الذي يدعي جريانه بأنه له فالمخاصمة معه، وأورد إشكال أن الراهن كيف يدعي ولا حق له؟!

---

(١) أشير إلى ذلك في الهامش بما نصه: كان ينبغي أن يقول: «على أحد الوجهين» كما قاله هناك.

قال:

فصل

[في الاختلاف في عتق العبد المرهون]

وإن كان المَرْهُون جاريةً، فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن، فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد، فإن اختلفا في الإذن، أو في الولد، أو في مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئًا من ذلك، فالقول قوله؛ لأن الأصل في هذه الأشياء العدم.



إذا صدقه المرتهن ثبتت أمية الولد بلا خلاف، وانفك الرهن، وأما نسب الولد وحريته فهما ثابتان صدّقه أو كذبه، فلا ينبغي أن يتوهم من كلام المصنف أن نسب الولد متوقف ثبوته على التصديق، وإنما أراد مجموع الحكمين اللذين ذكرهما، وذلك لا يثبت إلَّا عند التصديق مع أنه لو حذف ذِكْر النسب كان أحسن لأجل هذا الإيهام، ولأن المجموع كما ليس حاصلًا قبل التصديق لعقد أحد جزأيه ليس حادثًا بعده؛ لتقدم أحد جزأيه.

والمقصود أنه إذا صدقه المرتهن كانت أمية الولد، وانفكاك الرهن مع نسب الولد وحريته ثابتة قطعًا، ومتى اختلفا في الإذن فالقول قول المرتهن أنه ما أذن، وفي الولد فالقول قول المرتهن أنها ما ولدت، أو أن الولد ليس منه؛ لكونه لم يطأ ونحو ذلك، أو في مدة الحمل: هل هو لستة أشهر أو

أقل؟ فالقول قول المرتهن أنه لأقل ولو صدقه على الأمور الأربعة؛ الإذن، والوطء، وولادتها، ومدة الحمل من حين الإذن، وأنكر أن يكون الولد منه لم يلتفت إليه، وحيث قلنا قول المرتهن في ذلك يصير إقرار الراهن بالاستيلاد كما لو استولد بغير إذن المرتهن على الأقوال الثلاثة التي ذكرناها.

هذه هي الطريقة الصحيحة، وحكى الإمام خِلافًا يعني: هل يكون كذلك أو يبطل؟ قولًا واحدًا؛ لأنه ممنوع من الاستيلاد والإعتاق شرعًا، فلا يقر بهما، كما لا يقبل إقرار السفيه بإتلاف المال على أحد الوجهين؛ لأنه حرام عليه بخلاف إقراره بالطلاق، وهذه طريقة ضعيفة.

والصواب: أن من قدر على الإنشاء سواء أكان جائزًا أم حرامًا قدر على الإقرار به، والقاضي حسين حكى عن الأصحاب في الإقرار باستيلاد قبل الرهن أنا إذا لم ننفذ إقراره فأقل ما فيه أن يجعل كاستيلاد بعد القبض واستشكله؛ لأنه بعد القبض يَبْطل رهنًا منعقدًا، وقبله يمنع انعقاده أصلًا، وقد تقدم فيما يجوز رهنه الكلام في شيء من الإقرار بالاستيلاد.

فرع اتفقا على الإذن واختلفا في الرجوع، قال الراهن: رجعت بعد الوطء، وقال المرتهن: رجعت قبله، قال في «الاستقصاء»: إن كان الولد جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الرجوع فقد علم صدق الراهن وخرجت من الرهن، وإن جاءت به لستة أشهر، فصاعدًا من وقت الرجوع قال في «الإفصاح»: قال [٢/٢١٥ب] الشافعي: فهي رهن، والولد حر لاحق به.

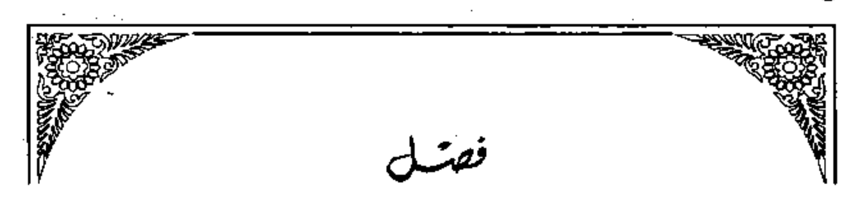
* * *

فرع وطئها بغير إذن وقال: كانت ثيبًا، وقال المرتهن: بل بكرًا، فعليك أرش البكارة، فالقول قول الراهن مع يمينه، كما لو اختلفا في قطع يدها، فقال المرتهن: قطعتها بعد القبض، وقال الراهن: قبضتها مقطوعة اليد، قاله في «الاستقصاء».





قال:



فصل

[في الاختلاف في الوفاء]

فإن كان له عليه ألف برهن وألف بغير رهن، فدفع إليه ألفًا ثم اختلفا نظرت، فإن اختلفا في اللفظ، فادعى المرتهن أنه قال: هي عن الألف التي لا رهن بها، وقال الراهن: بل قلت: هي عن الألف التي بها الرهن، فالقول قول الراهن؛ لأنه منه ينتقل إلى المرتهن، فكان القول قوله في صفة النقل.

وإن اختلفا في النية؛ فقال [المرتهن](١): نَويت أنها عن ألف لا رهن بها، وقال الراهن: بل نويت أنها عن الألف التي بها الرهن، فالقول قول الراهن لما ذكرنا في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته، وإن دفع إليه الألف من غير لفظ ولا نية، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: يصرفه إلى ما شاء منهما، كما لو طلق إحدى المرأتين، وقال أبو علي ابن أبي هريرة: يجعل بينهما نصفين؛ لأنهما استويا في الوجوب، فصرف القضاء إليهما.

الشرح

أصح الوجهين: قول أبي إسحاق ويصرفه إلى ما شاء منهما كالطلاق، وكما لو كان له مالان: حاضر وغائب، ودفع دراهم إلى المستحقين زكاة وأطلق له صرفها إلى ما شاء منهما، وتردد الصيدلاني في حكاية قول ابن

---

(١) في المطبوع من المهذب: «الراهن».

أبي هريرة أنه يوزع على قدر الدينين أو على المستحق بالسوية.

وعلى هذا القياس نظائر المسألة كما إذا تبايع مشتركان درهما بدرهمين وسلم الفضل من التزمه، ثم أسلما إن قصد تسليمه عن الفضل، فعليه الأصل، وإن قصد تسليمه عن الأصل، فلا شيء عليه، وإن قصد تسليمه عنهما وَزع عليهما، وسقط ما بقي من الفضل، وإن لم يقصد شيئًا، ففيه الوجهان.

ولو كان لزيد عليه مائة، ولعمرو مثلها فوكَّلا وَكِيلًا بالاستيفاء، فدفع المديون إلى الوكيل لزيد أو لعمرو فذاك، وإن أطلق فعلى **الوجهين**؛ **أحدهما**: يقال للدافع: انْوِ الآن.

والثاني: يوزع على عدد الرؤوس في وجه وعلى مقدار الدينين في وجه.

ولو تلف في يد الوكيل من غير تفريط تلف من ضمان الموكلين؛ لأن يده يدهما؛ قاله القاضي حسين، وهو على قول التوزيع ظاهر، وعلى القول الآخر مشكل، ووجهه ابن الرفعة بأنه لا سبيل إلى تضمين الوكيل ولا إسقاط ضمانه، وليس أحد الموكلين أولى من الآخر فوزع، وأورد أنه إذا كان القبض يتوقف على إرادة المالك، فهو غير حاصل لكل منهما قبلها، فوجب أن يكون من ضمان الدافع.

وأجاب بأنه في يد الوكيل لهما منزلة يد الوكيل المستام. انتهى.

والأولى عندي على هذا القول أن يقال: ملكاه على الإبهام حتى يعينه الدافع ويضمنانه كذلك، وله بعد التلف أن يعين لكل منهما ما شاء، كما كان قبل التلف، وليس كالمستام والقبض قد حصل من غير توقف على الإرادة بلا إشكال، وكذا الملك على ما قررناه، وإنما الموقوف تعيين مقداره، وكما أن الواحد الذي له ألفان، فقبض ألفًا يملكها وللدافع تعيين

جهتها بعد ذلك كذلك الموكلان.

وهذا شيء عجيب، فإنها تصير في يد الوكيل ملكًا لجهتهما لا يتحقق ملك واحد معين لها ولا لشيء منها، فإن [٦/٢١٦] للدافع تعيينها كلها لأحدهما وتعيينها لهما بالسوية وبالمفاضلة على ما يراه، هذا مقتضى تفريع هذا الوجه، هذا إذا أعطاه على أنه قابض لهما، فإن قال: خذه وادفعه إلى الأب أو إليهما، فهذا توكيل منه بالأداء، وله التعيين ما لم يصل إلى المستحق، ولو تلف في هذه الحالة في يد الوكيل، فينبغي أن يكون من ضمان الدافع.

ونقل الإمام اختلافًا للأصحاب في أن قبول الوكيل من الدافع ذلك هل يكون عزلًا عن وكالته لرب الدَّين أم لا؟ **ووجه الأول**: أن قوله: ادفعه إلى فلان توقف الأمر على وصوله إلى الموكل، وحكم البقاء على توكيله بالقبض أن يبرأ الدافع بالدفع إلى الوكيل، فلا يكون لقوله: ادفع إلى فلان معنى.

ووجه الثاني: بأن يد الوكيل ليست منتهى القبض ومعنى قبضه أنه يوصله إلى موكله، فإذا قال مَن عليه الدين: ادفع هذا إلى موكلك لم يكن ما ذكره مضادًّا للقبض، والمسألة محتملة، والأفقه: الوجه الأول. انتهى.

وهما وجهان للقاضي حسين قال في «تعليقه»: إذا قال: ادفعه إلى فلان، أو كُن وكيلي في ذلك، فصار وكيلًا للدافع وانعزل عن وكالتهما في الحقيقة، وقال في الكرة الثانية: لا أقول: انعزل عن وكالتهما ولكن أقول: ألغى وكالتهما وصار وكيلًا للدافع حتى لو هلك في يده قبل الدفع إليهما يكون من ضمان الدافع، وبعد الدفع يصرفه إلى من شاء منهما، وله أن يسترد منهم ذلك.

قلت: ويتعين القطع بهذا الذي قاله في الكرة الثانية، ونبه الإمام في هذا

الخلاف على أنه لا يشترط من الوكيل تصريح بالقبول، بل مجرد قول الدافع: «ادفع» تتضمن أني لا أقنع بيدك على حسب ما وكلك صاحبك، ولكني آمرك ابتداء بأن تسلمه إليه هذا ما نشأ منه التردد، وهو لا يفتقر إلى تصوير قبول.

فإن قلنا: لا يقع قبضه عن حكم توكيل موكله، فتلف في يده فذمة مَن عليه الدين مشغوله.

وإن قلنا: يبقى على حكم التوكيل بالقبض فتلف في يده كان من ضمان موكله وبرئ المؤدي[١].

قلت: الصواب الأول وأنه لم ينعزل، وإنما ألغى وكالتهما كما تقدم، ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن ألف، فإن قصد أحدهما أو قصدهما، فالأمر على ما قصد، وإن أطلق فعلى الوجهين، وسيذكره المصنف.

ولو اختلفا، فقال المبرئ: أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن والكفيل، وقال المديون: بل عن الآخر، فالقول قول المبرئ مع يمينه، ولو كان بأخذ الألفين كفيل أو أحدهما حالًّا أو ثمن مبيع هو محبوس به، فقال: سلمته عنه، وأنكر صاحبه، فالقول قول الدافع، كما لو كان أحدهما برهن، والآخر بغير رهن.

والأصل في هذا الفصل كله، أن الاعتبار في أداء الدين يقصد المؤدي حتى لو ظن المستحق أنه يودعه عنده، وقصد من عليه أداء الدين تبرأ ذمته، ويصير المؤدي مِلْكًا للمستحق اتفقت الأئمة على هذا، قال الإمام: «وفيه أدنى نظر عندي، فإن الإقباض شرط التمليك، وكَلَّ مَن عليه الدين إذا أداه، فكأنه يملك القابض، ويثبت له في الأعيان ملكًا فإن حقه لم يكن متعلقًا

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٣٨).

بعين، فإن وصل المقبض فعله بقول فذاك، وإن لم يصله بقولٍ، فلا يبعد أن يقول: لا بد من مخيلةٍ مملكة مشعرة بتسليط القابض، فإن التمليك [٢/٢١٦ب] بالمبهمات غير متجه»[١].

قال ابن الرفعة: وهذا النظر الذي وقع للإمام لا يندفع عن النفس، وكيف لا ونحن نشترط فيه ما نشترط في عقود التمليكات من العلم بالمقدار والصفات، حتى لا يصح قبض غير المرئي إذا لم نصحح بيعه. والله أعلم.

قلت: معرفة المقدار والصفة شرط في صحة القبض ومعرفة حال المقبوض أمر آخر منفك عنه، والكلام فيه بعد صحة القبض ووجود شروطه والإقباض ليس بتمليك، ألا ترى أنه لا يشترط فيه لفظه، ولا يثبت له حكمه، وإنما هو تعيين وكونه يثبت له به ملكًا في الأعيان ليس بمحذور، ولا موجب لوجود ما يدل عليه، وإنما يشترط ذلك في علم القابض لا في حكمه في نفس الأمر.

والذي نص عليه الشافعي من ذلك أنه إذا كان أحد الدينين برهن، والآخر بغير رهن، فالقول قول الراهن، نص عليه في «الأم»[٢]، و«المختصر»، والبويطي قال: والحجة في ذلك أنه أقر له بقبض ألف وادعى عليه أنها من غير الرهن، فلا أقبل دعواه في مال غيره إلَّا ببينة، كما لو أقر له بألف درهم، وذكر أنها قراض وقد عمل فيه، وقال رب المال: وديعة فالقول قول رب المال مع يمينه؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**»[٣].

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٣٦).
(٢) الأم (٣/ ١٩٦) بمعناه.
(٣) أخرجه الترمذي (١٣٤١).

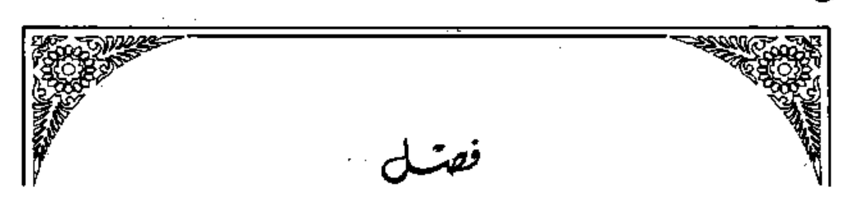
وذكر صاحب «الاستقصاء» تفريعًا على قول ابن أبي هريرة فيما إذا دفع وأطلق من غير لفظ ولا نية أنهما إن اصطلحا على أن يكون المدفوع عن أحد الدينين تعيُّنه، ففيه **وجهان؛ قيل: وأصحهما**: أنه لا يجوز.

قلت: وهو كذلك؛ لأنه يناقض التفريع والقول بالجواز يرجع حاصله إلى موافقة أبي إسحاق لكن بشرط الاتفاق.

وقد أطلق المصنف في اختلافهما في اللفظ واختلافهما في النية أن القول قول الراهن ولم يبين أنه بيمينه أو لا، وقال الرافعي وغيره في المسألتين: إنه بيمينه، وقال صاحب «الاستقصاء» في اختلافهما في اللفظ أنه بيمينه، وفي اختلافهما في النية أنه بيمينه على الصحيح. وقيل: بلا يمين.



قال:



فصل

[في الاختلاف في الإبراء]

وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الألف، ثم اختلفا نظرت، فإن اختلفا في اللفظ، فادعى الراهن أنه قال: أبرأتك من الألف التي بها الرهن، وقال [المرتهن][1]: بل قلت: أبرأتك عن الألف التي لا رهن بها، فالقول قول المرتهن؛ لأنه هو الذي يبرئ، فكان القول في صفة الإبراء قوله. وإن اختلفا في النية فقال الراهن: نويت الإبراء عن الألف التي بها الرهن، وقال المرتهن: بل نويت الإبراء عن الألف التي لا رهن بها، فالقول قول المرتهن لما ذكرنا في اللفظ، ولأنه أعرف بنيته، فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما في قول أبي إسحاق، وجعل بينهما في قول أبي علي بن أبي هريرة.

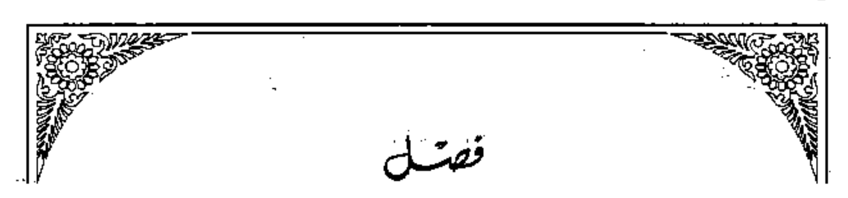
الشرح

قد تقدم هذا في القبض، وأن الأصح قول أبي إسحاق والكلام في الإبراء، كالكلام في القبض سواء حرفًا بحرف، وقد قدمناه، ومن قواعد الفقهاء أن كل من كان القول قوله في شيء، كان القول قوله في صفته.

***

(١) ما بين المعقوفتين من الهامش، وفي المخطوطة: «الراهن».

قال:



فصل

[في ادعاء هلاك الرهن ورده]

وإذا ادعى المرتهن هلاك الرهن، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أمين، فكان القول في الهلاك قوله كالمودع.



الشرح

هذا لا خلاف فيه، وإن كان كلام «الوسيط» يوهم خلافًا، وكذا كل أمين كالمستأجر والوكيل وغيرهما، ولا فرق بين أن يدعي الهلاك بأمر ظاهر كالغرق والحرق والنهب [٢/٢١٧/أ] أو خفي، كالسرقة الخفية والضياع، لكنه في السبب الظاهر يلزمه إقامة البينة على السبب، ثم يقبل قوله في التلف.

وقال مالك: «إن خفي هلاكه لم تقبل دعواه»[1].

فإن قلت: تعليل المصنف بكونه أمينًا يفهم أنه لو كان ضامنًا لا تقبل دعواه التلف، وليس كذلك فإن الغاصب تقبل دعواه التلف إلَّا على وجه ضعيف.

قلت: المراد قبول دعواه حتى لا يلزمه شيء، وهذا خاص بالأمانات متى ادعى هلاكها بغير تفريط قبل قوله، ولا يلزمه شيء قطعًا إذا كان ما ادعاه ممكنًا، ولا يحمل أمره على الكذب فيضمنه.

---

(١) انظر: التهذيب (٤/ ٦٧).

قال:

وإن ادعى الرد لم يقبل قوله؛ لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر.



هذه طريقة العراقيين، وأكثر الأصحاب، وتبعهم الروياني، قالوا: القول قول الراهن ولا يقبل قول المرتهن في الرد إلَّا ببينة كالمستعير؛ لأن كلًّا منهما قبض العين لغرض نفسه، وحكى الإمام[1]، والغزالي، عن المراوزة: أن القول قول المرتهن، وحكاه القاضي حسين عن القفال، وكأنه لما كان زعم المراوزة عمم الإمام والغزالي الحكاية.

وطرد القفال ومن وافقه مذهبهم في كل أمين، ولم يفصلوا بين الرهن والإجارة، والوديعة والوكالة بِجُعل وبغير جعل، وعامل القراض، بل قبلوا قول الجميع في الرد، وأما العراقيون ومن وافقهم فقسموا الأمناء، فالمودع والوكيل بغير جُعل يقبل قولهما في الردّ مع اليمين، وذلك مما لا خلاف فيه؛ لأنهما أَخَذَا المال لمحض غرض المالك، وقد ائتمنهما فليصدقهما.

وقالوا في الوكيل بجعل، وعامل القراض، والأجير المشترك: إذا لم يضمنه - وهو الأصح - **وجهان؛ أحدهما**: أنهم يطالبون بالبينة؛ لأنهم أخذوا العين لغرض أنفسهم في الأجرة والربح.

وأصحهما: أنه يقبل قولهم مع أيمانهم؛ لأنهم أخذوا لمنفعة المالك وانتفاعهم بالعمل في العين لا بالعين، وقالوا في المرتهن والمستأجر: لا

(١) نهاية المطلب (٧/ ٣٩).

يقبل قولهما وعليهما البينة؛ لأن انتفاعهما بالعين نفسها بخلاف الوكيل والمقارض والأجير انتفاعهم بالمقابل ويدهم نائبة عن المالك لمنفعته ويد المرتهن والمستأجر ليست نائبة عن المالك.

والإمام استحسن ما ذكره العراقيون لكنه قال: «إن ما قاله المراوزة أوقع في طريق المعنى، وأن ما ذكره العراقيون من عود يد المرتهن والمستأجر إلى منافعهما لو جاز التعويل عليه للزم أن يكون سببًا في إيجاب الضمان على المرتهن والمستأجر كالمستعير والمستام، فإذا لم يكن كذلك، فلا معول على ما ذكروه»[١].

قال: «وليت شعري ما قولهم: إذا ادعى المرتهن والمستأجر تلف العين هل يصدقان عندهم أم لا؟ والقياس أن تنزل دعوى التلف منزلة دعوى الرد في كل تفصيل»[٢]. انتهى.

فأما إلزامه لهم تضمين المرتهن والمستأجر كالمستعير والمستام فإلزام قوي يحتاج في الانفصال عنه إلى تأمل، والذي ظهر لي فيه أن يد المستعير والمستام على العين والمنفعة وقصدهما في ذلك وهي منفصلة عن يد المالك إلَّا أنها ليست عدوانًا، والمستأجر غرضه في المنفعة والمرتهن غرضه في التوثقة ويدهما على العين لذلك لا لغرض فيها نفسها فكأن يد ⇑ [٢/٢١٧ب] المالك مشاركة ليدهما فمن هذه المشاركة لم تجعل يد ضمان بخلاف المستعير والمستام.

ألا ترى أنا نقول في عدل الرهن أنه نائب عن المرتهن في الحفظ، وعن المالك في الملك، فتخيلنا في العين جهتين، فلهذا فارق المستعير المستام؛

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٩٣ - ٢٩٤).

(٢) انظر المصدر السابق.

إذ ليس فيهما إلَّا جهة واحدة.

وإن تخيل للمالك في السوم غرض، فهو في الثمن المتوقع لا في العين وقبضها، ولم يقوَ جانب الراهن والمؤجر قوة المالك في القراض والموكل والمستأجر للأجير المشترك حتى تطردوا فيهم الخلاف في دعوى الرد لما كان المرتهن والمستأجر غرضهما في العين نفسها من وجه، والوكيل والعامل والأجير ليس غرضهم إلَّا في البدل، والمودع، والوكيل بغير جُعل لما لم يكن لهم غرض أصلًا قبل قولهما قطعًا.

وأجاب ابن الرفعة عن إلزام الإمام بأن القياس يقتضي أن يكون المرهون والمستأجر مضمونين لكن صدَّ عنه في المرتهن الخبر والمستأجر في معناه فبقينا في دعوى الرد على مقتضى القياس، وهذا جواب مستريح لا يصبر على المحك.

وأما قول الإمام في التلف فهو الذي حمل الغزالي في «الوسيط» و«الوجيز» على أن جمع في النقل عن العراقيين بين دعوى التلف والرد، قال الرافعي: «وليس كذلك بل الكل مطبقون على تصديقه في دعوى التلف، وإنما الاختلاف في الرد»(١).

قلت: وهو كما قال الرافعي، وهذه كتبهم، وفي «الوسيط» في كتاب الوكالة: «أن العراقيين ذكروا في كل ذلك وجهين»(٢). يعني: في المرتهن والمستأجر والوكيل، وهذا غريب في النقل عن العراقيين، والمعروف عنهم القطع في المرتهن والمستأجر وتخصيص الخلاف بالمقارض والأجير المشترك والوكيل بجعل، وأما الوكيل بغير جعل فلا خلاف عند الجميع

---

(١) فتح العزيز (٤/ ٥٠٩).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٣١٠).

أنه يقبل قوله كالمودع، وإن كانت عبارة «الوسيط» توهم أن الخلاف عند العراقيين فيه، ولكن هذا الإيهام متأول وكلامه محمول على غيره.

وأما النووي في «شرح الوسيط» فحمله على الوكيل بجُعلٍ خاصة وأسقط لفظة كل، فلا يبقى فيه غرابة.

ونبه ابن الرفعة على شيء حسن، وهو أن العراقيين والمراوزة هنا اتفقوا على التسوية بين المرتهن والمستأجر، أما المراوزة ففي القبول وأما العراقيون، ففي عدمه، وقالوا: إن الإيداع من الغاصب هل يبرأ به؟ فيه خلاف، وفي البراءة بالإيجار منه خلاف مرتب، وأولى بألا يبرأ أو الرهن منه لا يبرأ به وجهًا واحدًا إلَّا على احتمال أبداه الإمام.

ويشبه أن يقال: تترتب الأيدي كذلك فيما نحن فيه، ولكني لم أر مَن قال به، وقول المصنف: كالمستأجر، قد يشعر بأنه متفق عليه؛ إذ قاس عليه قد بان لك أن الخلاف فيه، وأن حكمهما واحد بل الإمام لما حكى عن العراقيين مذهبهم قال: وكان لا يبعد على طريقتهم أن يترددوا في المستأجر من قبل أن المؤجر يستفيد بقبض المستأجر تقرير الأجرة وليس كالمرتهن فإن قبضه لخالص حقه وحظه، ولا منفعة للراهن.

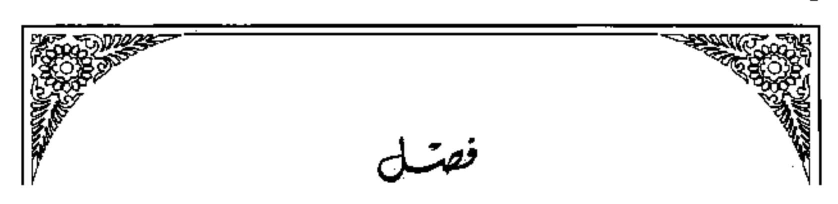
وهذا كله إذا ادعى المرتهن الرد على الراهن، فلو مات المرتهن وادعى وارثه الرد لم يقبل بلا خلاف إلَّا ببينة؛ لأنه لم يأتمنه ولو ادعى المرتهن في حياته الرد على رسول [٢/٢١٨] الراهن لم يصدق أيضًا على الصحيح، وهذان الحكمان مذكوران في باب الوكالة والوديعة، فلا نطيل بهما هنا.

وقال القاضي حسين: كل من جعلنا القول قوله في الرد، فمؤنة الرد على المالك، ومفهومه أن من لم يقبل قوله في الرد تكون مؤنة الرد عليه، وذلك يدل على أن الواجب عليه التسليم والمنقول فيمن طيرت الريح ثوبًا إلى داره

أنه يجب عليه الإعلام أو التمكين، ومن يصدق في دعوى الردِّ لو طولب بالرد هل له التأخير بعذر الإشهاد؟ **وجهان**؛ **أصحهما**: لا. **والثاني**: نعم. **ووجه ثالث**: فارق بين أن يكون قبضها بإشهاد أو لا، فإن كان قبضها بإشهاد، فله الامتناع، وإلَّا فلا. **ووجه رابع**: إن كان الإشهاد لا يؤدي إلى تأخير فله ذلك.



قال:



فصل

[في بيع العدل للرهن]

وإن كان الرهن على يد عدل قد وكل في بيعه، فاختلفا في النقد الذي يبيع به باعه بنقد البلد، فإن كان في البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن؛ لأنه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن فوجب البيع به، وإن كانا في النفع واحدًا فإن كان أحدهما من جنس الدين باع به؛ لأنه أقرب إلى المقصود، وهو قضاء الدين، وإن لم يكن واحد منهما من جنس الدين باع بأيهما شاء؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ثم يصرف الثمن في جنس الدين.



ذكرنا عند كلام المصنف في وضع الرهن عند عدل قبل باب ما يدخل في الرهن فروعًا تتعلق ببيع العدل سبعًا وعشرين ورقة، وأنه إن أطلق الراهن والمرتهن الإذن يبيع بنقد البلد.

وقيل: بما فيه الحظ من نقد البلد وجنس الدَّين، وذلك الكلام عند الإطلاق.

وإذا أنفق الراهن والمرتهن على تعيين ما يباع به، فلا كلام، وإذا لم يتفقا ولم يطلقا بل اختلفا كما قاله المصنف هنا، فقال أحدهما: بع بالدراهم، وقال الآخر: بالدنانير. أو قال أحدهما: بنقد البلد، وقال الآخر: بغيره فقد

أطلق المصنف أنه يبيع بنقل البلد وفيه إشكال؛ لأن إذن الراهن توكيل وإذن المرتهن شرط، فلا يبيع بدونهما.

والصواب: ما قاله صاحب «الاستقصاء» وعليه يحمل كلام الكتاب، وهو أنه على وكالته، ولا يجوز أن يبيع بما قال أحدهما دون الآخر، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليأذن في بيعه بنقد البلد، بأن يمضي المرتهن إلى الحاكم ويسأله البيع فيأذن الحاكم للعدل في بيعه، فيبيعه بنقد البلد.

فعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف، وليس المراد أن الوكيل يتولى ذلك بنفسه من غير إذن، وإذا أذن له الحاكم باع بنقد البلد سواء أكان من جنس الدين أم لا، وسواء وافق قول أحدهما أم خالفه، لأن الحظ في بيعه أن يباع بنقد البلد، فإن كان في البلد نقدان باع بالغالب منهما، فإن تساويا في ذلك باع بما هو أنفع للراهن لما ذكره المصنف.

وقد صرح المصنف بوجوب ذلك، فإن استويا في النفع وأحدهما من جنس الدَّين باع به، فإن لم يكن أحدهما من جنس الدين باع [٢/٢١٨ب] ⇑ بما هو أسهل صرفا إلى جنس الدين، وأقرب إليه، فإن استويا في ذلك تخير فباع بأيهما شاء.

وقال الشيخ أبو حامد والبغوي في كتاب الوكالة: أن الوكيل عند استواء النقدين في المعاملة لا يتخير، بل لا يصح التوكيل حتى يتبين، والصحيح المشهور خلافه، لكن هذا الوجه يطرد في عدل الرهن بلا شك؛ لأن عدل الرهن وكيل كسائر الوكلاء.

وقول المصنف: ثم يصرف الثمن في جنس الدين إن قرأت يَصرف بفتح الياء مسندًا لضمير العدل فهو محمول على ما إذا كان مأذونًا له في ذلك بأن يكون أذن له في البيع والصرف والقضاء.

ويصح التوكيل في الصرف هنا، وإن كان قبل الملك لكونه تابعًا للبيع، وكذا التوكيل في القضاء بالثمن الذي ما دخل في ملكه إلى الآن صحيح إذا جعل تابعًا لعقد قبله، وهو البيع.

وإن قرأت يُصرف بضم الياء لم يحتج إلى حمله على ذلك، وكان المعنى أن من له ولاية القضاء من الراهن بإذن المرتهن أو الحاكم يصرف ذلك.

وهذا آخر ما ذكره المصنف من أحكام الرهن، وبقي من أحكامه مما ذكره الشافعي والأصحاب هنا ما ذكره المصنف في غير هذا الباب.

ولنختم الكلام بفروع:

أحدها: قال الشافعي في «الأم»: «إذا مات المرتهن وادعى ورثته في الرهن شيئًا، فالقول قول الراهن وكذلك القول قوله لو كان المرتهن حيًّا، واختلفا»[1].

قلت: في هذا الإطلاق تأييد لقول العراقيين؛ أن المرتهن إذا ادعى الرد لا يقبل إلَّا ببينة.

الثاني: لو ادعى الراهن أو ورثته قضاء الدين أو بعضه لم يقبل إلَّا ببينة فلو قالت البينة: قضاه شيئًا ما نثبته، أو قالت البينة: أقر المرتهن أنه اقتضى منه شيئًا ما نثبته، قيل للمرتهن -إن كان حيًّا- وورثته -إن كان ميتًا: عَيِّن شيئًا، واحلف على الزائد عليه، فيحلف المرتهن -إن كان حيًّا- أنه ما هو أكثر منه، ويحلف ورثته إن كان ميتًا أنهم ما يعلمون أنه أكثر منه، نص عليه الشافعي في «الأم»[2]، وهو يلتحق بالمواضع التي تسمع فيها دعوى المجهول، وإلزام تعيينه كما في الإقرار والوصية بالمجهول وغيرهما من المواضع.

---

(١) الأم (٣/ ١٧٩).

(٢) الأم (٣/ ١٨٠) بمعناه.

الثالث: قال الشافعي في «الأم» في باب ضمان الرهن: «لو رهن رهنًا بمائة وضمن رجل المائة كان الضمان لازمًا وكان للمضمون له أن يأخذه بضمانه دون الذي عليه الحق. وقيل: يباع الرهن»(١). انتهى.

وقوله: «وقيل: يباع الرهن» يشعر بخلاف في أن الضامن لا يطالب، وقد تقدم نقله عن الروياني.

الرابع: عن «الإيضاح»: يجوز للراهن أن يبيع الرهن من المرتهن بالحق الذي عليه، وببعضه إذا كان حالًّا فأما وهو مؤجل، فلا كما لا يجوز أن يأخذ بدلًا من دراهم مؤجلة ودنانير قبل حلولها.

قلت: وهذا يوافق ما قاله الماوردي أنه لا يجوز أخذ العوض عن الدَّين المؤجل، وما قاله القاضي حسين: أنه لا يجوز ذلك إذا كان طعامًا بطعام، وقياسه: إذا كان نقدًا بنقد ولكن الرافعي وجماعة كلامهم يقتضي جواز استبدال [١٢/٢٢٩] ⇑ الحالّ عن المؤجل مطلقًا وهي من المسائل المشكلة التي تخفى على كثير من الفقهاء وينبغي الإمعان في تحريرها من كلام الأصحاب.

الخامس: لو قضاه الدين وسأله ردَّ الرهن من غير عذر وجب ضمانه على ما تقدم بيانه فلو قال الراهن: تلف من غير أن يكون لكَ عذر في رده، وقال المرتهن: بل كنتُ معذورًا ففي «الإيضاح»: أن القول قول المرتهن مع يمينه؛ قاله في «الاستقصاء».

السادس: كفن المرهون إذا مات وتجهيزه على الراهن ولم يخالف فيه أبو حنيفة(٢).

السابع: قال الروياني: «لو رهن خاتمًا فلبسه المرتهن صار ضامنًا وعليه

---

(١) الأم (٣/١٧٩).

(٢) النتف في الفتاوى للسعدي (٢/٦٠٦).

أجرة مثله إن لبسه مدة لها أجرة وتجوز إجارة الخاتم عند أصحابنا»[١].

الثامن: قاله الروياني: «لو أقر أجنبي أنه قتل المرهون فكذبه المرتهن دون الراهن، تؤخذ القيمة منه للراهن، ولا تكون رهنًا، ولو مات المرتهن واعترف وارثه بما قال الراهن لم يكن له حق في القيمة أيضًا؛ لأنه لا يثبت له ما لم يثبت لمورثه.

قال والدي رَحِمَهُ اللَّهُ: ويحتمل أن يقال: تدفع إليه القيمة لتكون رهنًا عنده؛ لأن صاحب الحق في هذه الحالة الوارث قياسًا على ما قال الشافعي -رحمة الله عليه- إذا أقام المدعي للوقف شاهدًا واحدًا ولم يحلف معه ثم مات، وأراد وارثه أن يحلف له ذلك في أحد القولين.

وهكذا لو أقر لرجل بحق فكذبه المقر له ثم مات، فقال الوارث: صدق المقر وقبله، والمقر باقٍ على إقراره: هل يلزم دفع هذا الحق إلى هذا الوارث؟ يخرج على هذين الوجهين، ولو صدقه المرتهن وكذبه الراهن أخذت القيمة وتكون رهنًا»[٢].

فإن قضى الحق من غيره فقد ذكره المصنف فيما سبق. وإن قضى منها، فإذا صارت في يد المرتهن وهو مكذب للجناية وزعم أنه لا يستحقها، فكان ينبغي أن يكون حكمه حكم من أقر له بشيء، وهو ينكره.

التاسع: قال الروياني: «لو قال الراهن للمرتهن: بعت هذا المرهون منك، فقال المرتهن: قبلته، لا يصح إلَّا أن يكون المرتهن سأله البيع منه أولًا، ثم إذا أجابه لا يحتاج إلى قوله: «قبلت» في الأصح»[٣]. وفيما قاله

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٧٧).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٢٧٥ - ٢٧٦).

(٣) بحر المذهب (٥/ ٢٧٦) بمعناه.

الروياني من كونه لا يصح أن يبتدئ الراهن بالإيجاب من المرتهن نظر؛ لأن لقائلٍ أن يقول: إنما منع من بيع لغيره؛ لأنه الذي فيه ضرر عليه.

وفي «النهاية»[1] ما يوافق الروياني بحثًا، فإنه حكى في أول البيع في فصول الخيار في فصل أوله: «إذا وهب الأب من ابنه عبدًا» فيما لو باع المشتري ما اشتراه من البائع في زمن الخيار عن شيخه الإمام: «**ثلاثة أوجه؛ الثاني**: لا ينعقد، فإن المشتري لا يجوز له الانفراد بالبيع، فإذا ابتدأ الإيجاب بطل، ثم القبول مترتب عليه»[2]، قال: «وما ذكره الإمام -يعني: والده- يقتضي ترددًا في بيع الراهن المرهون من المرتهن من غير تقديم فك الرهن فإن البيع لا ينفذ من الراهن على الانفراد، فكان التابع منهما على صورة التتابع من المتعاقدين في زمن الخيار»[3] ثم أورد بيع الدار المكراة من المستأجر، وأجاب: بأن منع بيع المرهون لحق المرتهن، فإذا لم {٢١٩/٢ب} يصرح بالإبطال لم يبعد تخيل خلاف فيه، وفي الإجارة المبطل للبيع ثبوت يد المستأجر، ثم قال الإمام: «إن هذا تصرف في القياس، وإلَّا فالذي أقطع به نقلًا صحة البيع (يعني بيع المرهون من المرتهن)، وإن كان يبطل به نظم الأوجه الثلاثة في بيع المشتري من البائع»[4].

العاشر: لو أذن المرتهن للراهن في بيع المرهون، وأطلق فباعه بثمن مؤجل، فإن كان الحق حالًّا لم يجز وإن كان مؤجلًا جاز، وليس كالوكيل لأن الراهن يبيع لنفسه. قال الروياني: «ويحتمل أن يقال: لا يصح البيع؛ لأن المرتهن رفع المنع بقول يقتضي الحلول، وله أن يخص رفع المنع بجهة

(١) نهاية المطلب (٥/ ٤٦).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٨).
(٣) المصدر السابق.
(٤) نفس المصدر.

دون جهة ألا ترى أنه لو أذن له أن يبيعه حالًا لا يجوز له أن يبيعه مؤجلًا»[١]. انتهى.

وقد تقدم أن المرتهن متى أطلق الإذن في البيع والدين مؤجل بطل الرهن، فهذا الذي قاله الروياني من الاحتمال كيف يتجه، والذي قطع به من أنه لو أذن ببيعه حالًّا لم يجز أن يبيعه مؤجلًا غير معروف إذا كان قبل محل الأجل بل إذا قال الأصحاب: إنه عند الإطلاق يبطل الرهن، فعند التصريح بالحلول أولى على أن مرادهم هناك بالإطلاق عدم اشتراط كون ثمنه رهنًا، فلا فرق بين التصريح بالحلول وتركه.

والله تعالى أعلم.

اللهم إني أسألك أن تصلي على عبدك ونبيك ورسولك سيد المرسلين، وإمام المتقين، وقائد الغر المحجلين، نبي الخير الداعي إلى الخير والهادي إلى الخير.

اللهم آت سيدنا محمدًا الوسيلة، والفضيلة والدرجة الرفيعة، وابعثه مقامًا محمودًا الذي وعدته يا أرحم الراحمين، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد وعلى آل محمد، كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم في العالمين، إنك حميد مجيد، وعلينا معهم.

قال سيدنا قاضي القضاة شيخ الإسلام - متَّع الله ببقائه: اتفق الفراغ منه في يوم الخميس العشرين من شعبان المكرم سنة ثلاث وثلاثين وسبعمائة، وكانت البداءة في كتاب الرهن في أول ربيع الأول من هذه السنة، فمدة تصنيفه خمسة أشهر وعشرون يومًا.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٧٦).

جعله الله خالصًا لوجهه موجبًا للفوز لديه، وأن ينفعني به ووالديّ وأولادي وأحبتي بمنه وكرمه. إنه حسبنا ونعم الوكيل.

وكتبه مصنفه

علي بن عبد الكافي

ابن علي بن تمام بن يوسف بن موسى بن تمام السبكي

عفا الله عنهم وعن والديهم، والحمد لله حمدًا كثيرًا طيبًا مباركًا فيه.

وصلّ اللهم على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلّم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدّين، وحسبنا الله ونعم الوكيل.

انتهى كلامه أثابه الله[1].



(١) في الهامش: «بلغ من أول كتاب الرهن إلى هنا مقابلةً على أصله الذي نُقل منه، وهو أصل المصنف بخطه - أثابه الله وغفر له ولنا ولسائر المسلمين - والحمد لله رب العالمين».

فهرس الموضوعات

